النظام الجنائي

الجزء الاول



د. عبد الفتاح خضر

النظام الجنائي

أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي

ا زء الأول

الدكتور/ عبد الفتاح خضر

أستاذ القانون الجنائي المشارك

بمعهد الإدارة العامة

فهرس

مُقَدِّمَة

الحمد   الذي هدانا لهذا، لا هداية إلا برعايته، ولا توفيق إلا بعنايته، ﴿**وما كُنَّا لِنَهتَدِيَ لولا أن هدانا ا ُ**﴾، وبعد..

فهذه دراسة للأسس العامة للنظام الجنائي، قصدنا بها الإسهام في تطبيق أحكام التشريع الجنائي الإسلامي تطبيقًا حسنًا، عن طريق الإفادة من النظريات الجنائية التي حظيت بالعناية الفائقة من الفقهاء الجنائيين في الدول المختلفة. صحيح أن الكتب الفقهية الإسلامية قد تناولت بالدراسة والبحث مختلف جوانب الحياة في المجتمع الإسلامي، بما فيها أوضاع الجرائم والعقوبات، بيد أن تطور الحياة قد حمل فقهاء القانون الجنائي على مسايرته، بوضع العديد من الأسس والنظريات التي تساعد على حسن التطبيق، وتؤدي إلى حفظ الحقوق، ورفع الظلم، وتحقيق العدالة على أفضل نحو، وإن كان منها ما هو محل نظر؛ بينما بقي أسلوب معالجة أحكام الفقه الجنائي الإسلامي – حتى في غالبية المراجع الإسلامية الحديثة - كما هو دون تغيير أو تطوير في الإطار الشرعي المسموح به، ودون محاولة لصياغة نظريات، ولو نظرية واحدة على غرار النظريات الجنائية المعاصرة، التي أفادت إلى حد كبير في صياغة الأحكام الجنائية وتطبيقها.

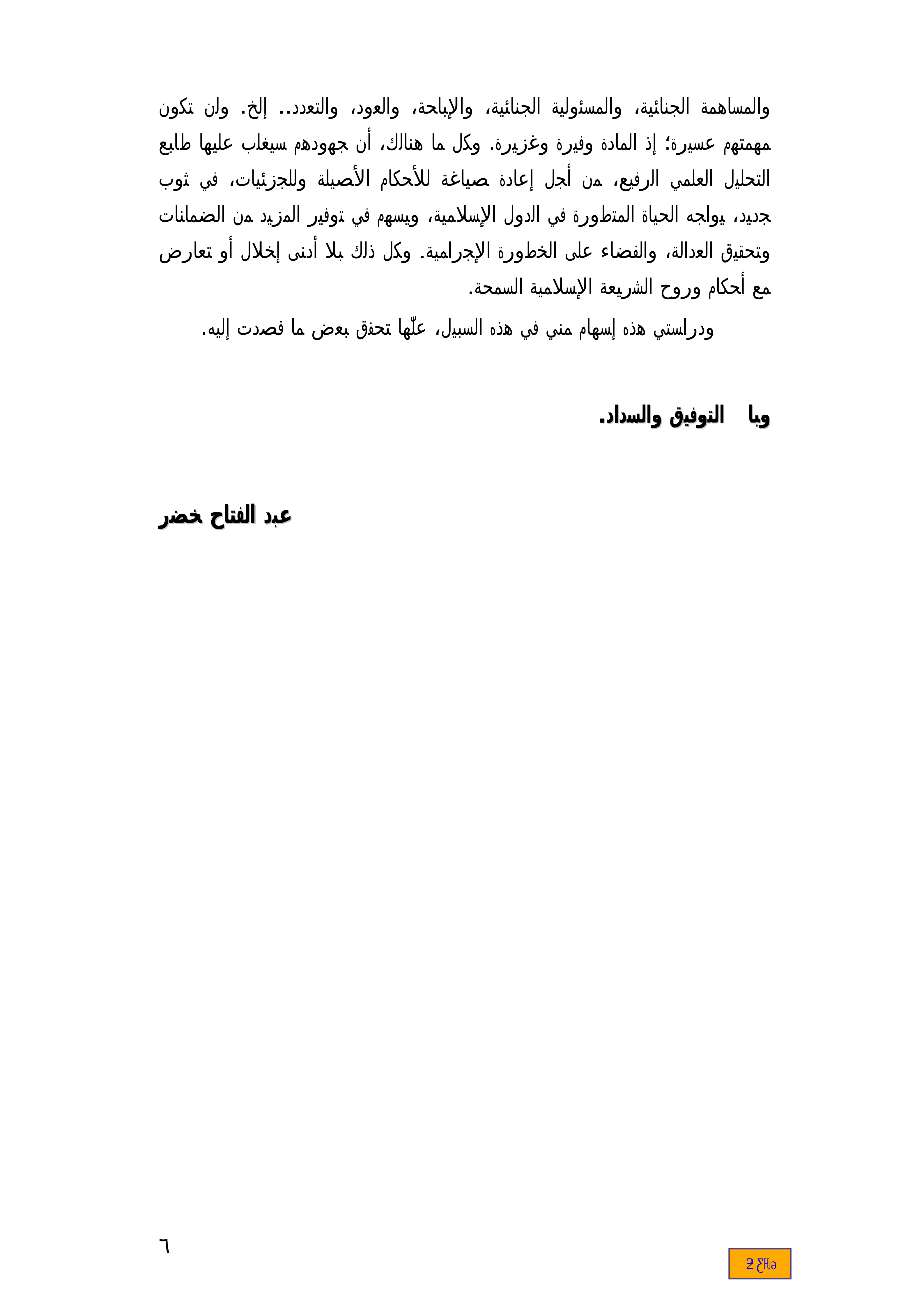
إن التشريع الجنائي الإسلامي، لا يرفض ولا يأبى الاستفادة من ثمرات الجهود العلمية، طالما كانت متفقة مع أحكامه، بلا أدنى تعارض أو تناقض. وإن مجال التعزير الإسلامي مجال خصب، يسمح لولي الأمر، أن يستفيد إلى أبعد مدى من تلك الثمرات في تشريع بعض الأحكام وتطبيقها، فيما يحتاج إليه المجتمع الإسلامي خارج إطار الحدود والقصاص[1].

ومن هنا كانت أهمية هذه الدراسة، التي تجمع - في أسلوب تحليلي مقارن - الأحكام الأساسية للنظام الجنائي، في إطار الشريعة الإسلامية السمحة، مع الاستفادة من ثمرات الجهود العلمية المتطورة التي بذلت على المستوى العالمي في المجال الجنائي.

إن ما حظيت به المبادئ والنظريات الجنائية المعاصرة، من عناية من جانب فقهاء القانون الجنائي، لم تقابله عناية مماثلة من جانب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، لمواجهة تطور المجتمعات الإسلامية، الأمر الذي يدعونا إلى دعوتهم إلى بذل المزيد من الجهود العلمية في صدد صقل نظريات إسلامية متميزة على غرار نظريات الشروع،

=

(1) انظر: دراسة لنا حول هذا الموضوع بعنوان: "التعزير والاتجاهات الجنائية المعاصرة"، من مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض ١٣٩٩ هـ.



والمساهمة الجنائية، والمسئولية الجنائية، والإباحة، والعود، والتعدد.. إلخ. ولن تكون مهمتهم عسيرة؛ إذ المادة وفيرة وغزيرة. وكل ما هنالك، أن جهودهم سيغلب عليها طابع التحليل العلمي الرفيع، من أجل إعادة صياغة للأحكام الأصيلة وللجزئيات، في ثوب جديد، يواجه الحياة المتطورة في الدول الإسلامية، ويسهم في توفير المزيد من الضمانات وتحقيق العدالة، والقضاء على الخطورة الإجرامية. وكل ذلك بلا أدنى إخلال أو تعارض مع أحكام وروح الشريعة الإسلامية السمحة.

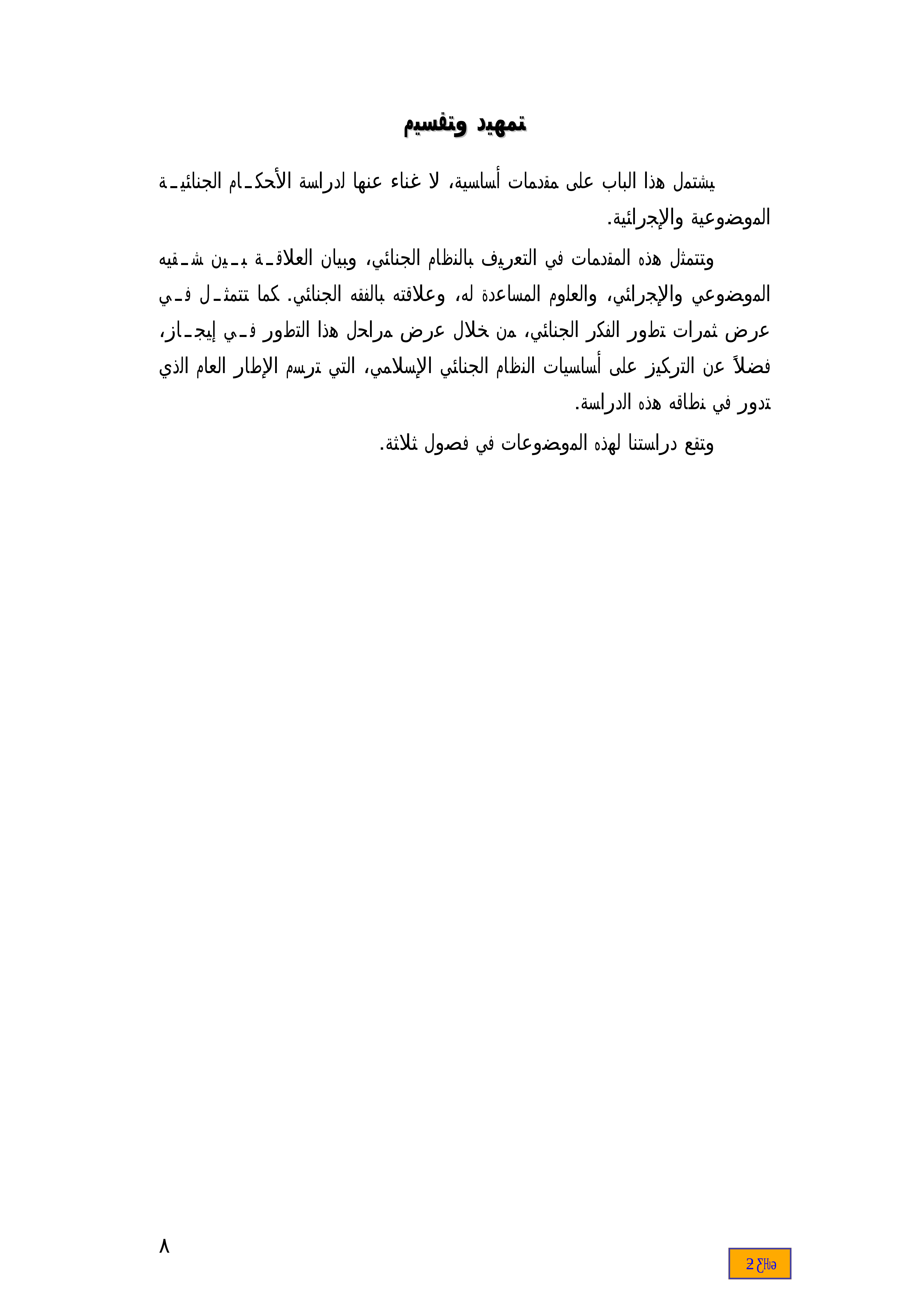
ودراستي هذه إسهام مني في هذه السبيل، علّها تحقق بعض ما قصدت إليه.

وبا التوفيق والسداد.

عبد الفتاح خضر

الباب الأول

أوليات النظام الجنائي



تمهيد وتقسيم

يشتمل هذا الباب على مقدمات أساسية، لا غناء عنها لدراسة الأحكـام الجنائيـة الموضوعية والإجرائية.

وتتمثل هذه المقدمات في التعريف بالنظام الجنائي، وبيان العلاقـة بـين شـقيه الموضوعي والإجرائي، والعلوم المساعدة له، وعلاقته بالفقه الجنائي. كما تتمثـل فـي عرض ثمرات تطور الفكر الجنائي، من خلال عرض مراحل هذا التطور فـي إيجـاز، فضلاً عن التركيز على أساسيات النظام الجنائي الإسلامي، التي ترسم الإطار العام الذي تدور في نطاقه هذه الدراسة.

وتقع دراستنا لهذه الموضوعات في فصول ثلاثة.

الفصل الأول

التعريف بالنظام الجنائي

التعريف بوجه عام:

يقصد بالنظام الجنائي مجموعة القواعد القانونية المجردة العامة، التي تنظم حق الدولة في العقاب. وتنقسم هذه القواعد إلى قسمين رئيسيين؛ أحدهما موضوعي، والآخر إجرائي. أما الموضوعي فيتكفل ببيان الأفعال التي تعد جرائم، مع بيان الجزاءات الجنائية التي توقع على مقترفيها. ويضم هذا القسم الموضوعي نوعين كذلك من القواعد؛ النوع الأول قواعد عامة تسمى بالأحكام العامة؛ حيث تسري على مختلف أنواع الجرائم ومثالها القواعد المتعلقة بالشروع، والاشتراك، والقصد الجنائي، والمسئولية الجنائية، والدفاع الشرعي.. إلخ؛ وهي موضوع دراستنا في هذا المؤلف، أما النوع الثاني فهو قواعد خاصة تتعلق بكل جريمة على حدة، وتسمى بالأحكام الخاصة أو بالقسم الخاص، تمييزا لها عن القسم العام الذي يضم مجموعة الأحكام العامة المشار إليها؛ هذا عن القسم الموضوعي.

أما القسم الإجرائي للنظام الجنائي؛ فيضم مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ما يجب أن يتبع من إجراءات وأساليب، من وقت وقوع الجريمة حتى صدور حكم نهائي فيها؛ فهو يبين إجراءات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة.

الصلة بين الجانب الموضوعي والجانب الإجرائي للنظام الجنائي:

إن الصلة وثيقة بين مجموعتي القواعد الموضوعية والإجرائية للنظام الجنائي؛ فالقواعد الموضوعية تهدف إلى حماية المصالح الاجتماعية، كما تهدف القواعد الإجرائية إلى تنظيم سير العدالة الجنائية، وتوفير الضمانات الكفيلة بالحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، ووضع الحماية المقررة بالنصوص الموضوعية موضع التنفيذ.

وتحقيق هذه الغايات الأخيرة يتوقف أساسا على حسن السياسة التشريعية؛ حيث يكون في إمكان القائمين على وضع الأحكام الموضوعية وصياغتها أن يجعلوها ذات فعالية في تحقيق حماية المصالح والقيم؛ وذلك بتزويد القاضي الجنائي بالنظم والوسائل المساعدة له، والتي من شأنها أن تمكنه من تحديد الجزاء الأمثل، واختياره للقضاء على درجة الخطورة الإجرامية للجاني الماثل أمامه، حتى يمنعه من إتيان السلوك المخالف مرة أخرى؛ فيحقق مصلحته ومصلحة المجتمع في آنٍ واحد.

وعندما يزود القاضي بالنظم الوسائل التي تساعده على تفريد المعاملة الجنائية على النحو المشار إليه؛ فإن ذلك لن يخل مطلقًا بمبدأ الشرعية الجنائية؛ حيث سيلزم القاضي بالنطاق القانوني المحدد له في النص الجنائي الموضوعي؛ فهذا النطاق يتضمن ما قد يزوده به النص من نظم لتفريد المعاملة، وسلطة تقديرية موسعة، تفصح عن درجة عالية من الثقة في القاضي الجنائي؛ تلك الثقة التي تقتضي أن يقابلها جهد مخاص من جانب القاضي لتحقيق العدالة Léqutie، لا العدل المجرد La Justice الذي يمكن أن يتحقق بمجرد القواعد التشريعية المجردة(١).

وإذا كانت المسافة منعدمة بين الإطار التشريعي والإطار القضائي؛ فإن ذلك يعني أن واضع النصوص قد جرد القاضي الجنائي من كل سلطة تقديرية، فيما يتعلق بتفريد المعاملة الجنائية على أساس درجة الخطورة الإجرامية، وبالتالي اختيار الجزاء الملائم في نطاق موسع. وعلى قدر ما يوجد من تباعد بين الإطارين التشريعي والقضائي؛ يتحدد مدى اتساع النطاق القانوني الذي يمارس القاضي الجنائي فيه نشاطه وسلطته التقديرية. والقاضي إذا ما منح مثل هذه المكنات الموسعة؛ فإنه يتعين أن يزوده النص كذلك بقواعد موضوعية تتضمن عدة ضوابط إرشادية أحيانًا، وملزمة أحيانًا أخرى؛ لمساعدته في تحديد درجة الخطورة الإجرامية من ناحية، واختيار الجزاء الملائم من ناحية أخرى.

فالصلة إذن وثيقة بين النصوص الموضوعية والنصوص الإجرائية، ولا يكفي أن تنصب العناية والتطوير على الأولى؛ بل يتعين أن تنال الثانية عناية وتطويرا مماثلاً.

النظام الجنائي والعلوم الجنائية المساعدة:

=

(1) تعني العدالة هنا العدل الحقيقي أو الإنصاف Léquitié؛ ذلك أن العدل المجرد يكفي لتحقيقه تقرير حكم واحد بالنسبة للمراكز المجردة المتماثلة؛ وهو ما لا يمكن لواضع النصوص أن يتجاوزه. أما العدالة فهي تتطلب تفريد هذا الحكم الواحد (المقرر بالنص) في المرحلة القضائية تبعا لاختلاف الظروف القانونية والواقعية التي تتميز بها كل حالة على حدة. (سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، القاهرة ١٩٦٧، ص٩).

وقديما أشار أرسطو إلى هذا المعنى في تحليله العميق لفكرة العدالة، وأوضح أن ذلك (أي مراعاة الظروف في المرحلة القضائية) لا يخل بمبدأ المساواة، باعتبار أن المساواة وإن كانت هي أساس فكرة العدالة؛ إلا أنها ذات تطبيقات متباينة. (أحمد محمد غنيم: تطور الفكر القانوني: دراسة تاريخية في فلسفة القانون، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٨).

ولنا عودة إلى مزيد من المقارنة بين مصطلحي العدل والعدالة فيما بعد عند الكلام عن تفريد الجزاء الجنائي.

يقتضي التطبيق العملي لأحكام النظام الجنائي استعانة القاضي بعلـوم أخـرى، تساعده من زاوية على كشف الجريمة ومرتكبها، ومن زاوية أخرى على تفريد الجـزاء الجنائي.

أما العلوم التي تساعده على كشف الجريمة والمجرم؛ فتشمل: علم البوليس أو فن التحقيق، وعلم النفس القضائي، وعلم الطب الشرعي، وأما العلوم التي تساعده على التفريد فتشمل: علم الإجرام بفرعيه؛ "علم طبائع المجرم، وعلم الاجتماع الجنائي"(1)، وعلم الأمراض العقلية، ثم علم العقاب(٢).

وإنه وإن كانت الصلة واضحة بين النظام الجنائي وهذه العلوم المساعدة؛ فإن علم الإجرام يأتي في مقدمتها جميعا، لما له من أثر واضح في تطوير النظام الجنائي بشقيه.

ففي المجال الموضوعي يضع علم الإجرام أمام القائمين على سياسة التشريع الأسباب المؤدية إلى اقتراف الجرائم، والدوافع الذاتية والاجتماعية؛ الأمر الذي يساعدهم في رسم سياسة التجريم والجزاء على أسس علمية وواقعية(٣).

وكما يؤثر علم الإجرام في النظام الجنائي الموضوعي؛ فإن هذا الأخير يؤثر فيه أيضا عندما توضع أمام علماء الإجرام الأفعال التي يصفها المجتمع بالتجريم، والتي تناولتها النصوص الموضوعية؛ ليدور بحثهم حول العوامل الفردية والاجتماعية المؤدية إليها، وكذلك عندما توضع أمامهم الجزاءات الجنائية المحددة لكل فعل من الأفعال

=

(1) ويلحق به علم الإحصاء الجنائي.

(2) انظر في هذا التقسيم والتقسيمات الأخرى: (محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العـام، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢٢ وما بعدها؛ علي راشد: القانون الجنائي: المدخل وأصول النظريـة العامـة، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٥ وما بعدها؛ رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، الإسـكندرية، ١٩٧٣، ص ٤٨ وما بعدها.)

(3) أحمد فتحي سرور: محاضرات في علم الإجرام، دبلوم العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٦٣- ١٩٦٤، ص ١٦، ١٩.

ويقول دي تيليو B. di Tullio في هذا الخصوص إن علم الإجـرام بفروعـه البيولوجيـة والنفـسية والاجتماعية؛ كان سببا في تأكيد نظرية الفروق الفردية، وإشاعة الوعي بين الناس بأن هناك تباينًا حقيقيا بين الأفراد؛ الأمر الذي حمل الجهات التشريعية في العصر الحديث على مـنح القاضـي مزيـدا مـن السلطات التقديرية؛ لكي يتمكن من مواءمة العقوبات والتدابير مع مقتضيات الدفاع الاجتماعي وإصلاح المجرمين؛ حيث يكون إجرامهم متباينًا.

B. Di Tullio: Manuel d’anthropologié criminelle, Paris 1951, P.9.

المجرمة؛ ليدور بحثهم حول جدوى هذه الجزاءات في القضاء على الخطورة ومقاومة الإجرام[1].

أما في مجال النصوص الجنائية الإجرائية؛ فإن علم الإجرام يمد المحقق والقاضي بالمعلومات اللازمة للإحاطة بالعوامل الذاتية والاجتماعية التي تؤدي بالمجرم إلى اقتراف جريمته. ويؤكد هذه الصلة ملف الشخصية Dossier de personnalite الذي أصبح من الأمور الهامة التي يجب أن يعتمد عليها القاضي وفقًا لأحكام النظام الجنائي الحديث، على التفصيل الذي سنورده في موضعه المناسب فيما بعد ضمن هذه الدراسة.

أما عن النتائج والمعايير العلمية التي توصلت إليها هذه العلوم المساعدة بصفة عامة، وعلم الإجرام بصفة خاصة؛ فيمكن القول بأن القاضي لا يمكن أن يلتزم بها التزاما مطلقًا لأن هذه العلوم ما تزال في مراحلها الأولى، وبالتالي فهي لا تقوى على تقديم ضوابط محددة وأصول صالحة للتعميم، وإن كان من الممكن أن تقوم مجموعة من المعارف العامة، المتعلقة بحقيقة الظاهرة الإجرامية والأسباب المؤدية إلى الإجرام. وعلى ضوء هذه المعارف يمكن للجهة التشريعية أن ترسم للقاضي سبيل قياس الخطورة الإجرامية لدى الجناة، وكيفية فهم أبعاد الشخصية الإجرامية الماثلة أمامه، وبالتالي تفريد المعاملة، واختيار الجزاء.

النظام الجنائي والفقه الجنائي:

عرفنا أن النظام الجنائي عبارة عن مجموعة من القواعد التشريعية، تنظم أحكام التجريم والعقاب، فضلاً عن أصول الإجراءات الجنائية، بما يكفل تتبـع الجريمـة منـذ وقوعها حتى صدور حكم نهائي فيها.

أما الفقه الجنائي فيمكن القول بأنه مجموعة الجهود العلمية التي تصدر من جانب علماء وفقهاء وفق أسلوب تحليلي تأصيلي.

ولمزيد من الإيضاح؛ نرى عرض مفهوم كلمة "فقه" أولاً في كـل مـن اللغـة والاصطلاح.

فالفقه لغة هو الفهم والعلم[1]. فيقال فَقِه الأمر أي فهمه وعلم به. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**فَمَا لِهَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا**[2]﴾، وما دعا به موسى عليه الـسلام

=

([1]) حسن صادق المرصفاوي: علم الإجرام والعقاب في مصر، الإسكندرية ١٩٧٣، ص ٢٢ - ٢٣.

ربه في قوله جل شأنه: ﴿**قالَ رب اشْرَح لِي صدرِي [٢٦] ويسر لِي أَمرِي [٢٧] واحلُلْ عقْدةً من لسانِي [٢٨] يفْقَهوا قَولِي**[3]﴾، وقوله ﷺ: ﴿**من يـرد ا بـه خيـرا يفقهـه في الدين**﴾.

أما في الاصطلاح فهو: "العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المـستمدة مـن أدلتهـا التفصيلية"؛ وذلك عند الأصوليين[4].

أما في المجال القانوني والجنائي؛ فيمكن القول بأن الفقه القـانوني عمومـا هـو "استظهار إرادة القانون، والإحاطة بها في عمق واستيعاب". أما الفقه الجنائي (وهو فرع من الفقه القانوني)؛ فيراد به: "ذلك العلم الذي يهدف إلى استظهار واستيعاب أحكام فـرع معين من القانون هو القانون الجنائي"[5]. وعلى ذلك فإن فقه القانون الجنائي يقـصد بـه البحث في الأحكام القانونية الجنائية بوجه عام، سواء من الناحية الموضـوعية، أو مـن الناحية الإجرائية في أسلوب تحليلي تأصيلي.

وفقه القانون الجنائي نوعان؛ الأول فقه مدرسي أو أكاديمي صرف، يقـوم بـه الفقهاء والأساتذة والمتخصصون بعيدا عن الوقائع الفعلية؛ فهو عمل نظري أكثـر منـه عملي، وكثيرا ما يقوم على الافتراضات النظرية. ومن أبرز أساليب هذا النوع وأشهرها – وبخاصة خلال القرن الماضي - طريقة الشرح على المتون (exégèse)؛ أي التعليق على النصوص وشرحها. والمكتبة الجنائية زاخرة بهذا النوع من الفقه الجنائي. أما النوع الثاني فهو الفقه القضائي (Jurisprudence)، ويقصد به: "مجموعة المبادئ القـضائية التي أقرها القضاء في أحكامه، وهو بصدد تفسير نصوص معينة تحتمل التأويل بـسبب عيب في صياغتها". ويمتاز هذا النوع من الفقه الجنائي عن الفقه الأكاديمي بالقوة والعمق اللذين يستمدهما من التطبيق العملي للنصوص على الوقائع. ومن الجدير بالذكر هنـا أن أغلب نظريات الفقه الجنائي الأكاديمي قد استقيت أصلاً من مبادئ قضائية اطّرد تطبيقها وإيرادها في أحكام القضاء[6].

([1]) الطاهر أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، القـاهرة، ١٩٧٣ ص ٥١٣.

([2]) سورة النساء، آية ٧٨.

([3]) سورة طه، آية ٢٥- ٢٨.

([4]) بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، د.ت، ص ٢٣.

([5]) رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٧١، ص ٧٩.

[6]- انظر: علي راشد: القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١١٤.

أما عن أسلوب العمل في الفقه الجنائي؛ فقد أوجزه البعض[1] في الاستخلاص والتحليل، ثم التركيز والتأصيل؛ فالفقيه يبدأ عمله الفقهي باستخلاص المعاني التي تؤدي إليها القاعدة القانونية، ثم يحال هذه القاعدة إلى كل ما يمكن أن تحتوي عليه من دقائق وتفاصيل، ويسمي ذلك بالأسلوب الكشفي، ثم ينظم ما توصل إليه من معلومات، ثم ينتقل إلى تركيز هذه المعلومات وتأصيلها؛ أي ردها إلى أصول وعموميات.

سمات النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية:

تطبق المملكة العربية السعودية التشريع الجنائي الإسلامي تطبيقًا كاملاً بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والجرائم التعزيرية[2]. ويتولى الفصل في جرائم الحدود والقصاص والديات؛ المحاكم الشرعية، وفقًا لكتاب ا وسنة رسوله والإجماع. أما بالنسبة للجرائم التعزيرية؛ فقد لجأت الدولة – تبعا لمقتضيات التطور - إلى إصدار عدد من الأنظمة (القوانين) التعزيرية، بمراسيم ملكية من السلطة التنظيمية (التشريعية) المختصة بالمملكة. وتغطي هذه الأنظمة عددا من الجرائم التعزيرية التي تمثل مساسا خطيرا بمصالح المجتمع الحيوية، خارج إطار الحدود والقصاص. وقد حددت هذه الأنظمة الجهات القضائية التي تتولى الفصل في القضايا المتعلقة بكل جريمة على حدة، وتعتبر هذه الجهات أجهزة "شبه قضائية"؛ حيث تشكل وتعمل في إطار إداري قضائي. بيد أن هذه الأنظمة لم تغط جميع الأفعال التي تستوجب التعزيز؛ ولذا فإن الاختصاص الأصيل للمحاكم الشرعية يظل قائما لمواجهة ما قد يقع من أفعال تستوجب التعزير، ولم تتناولها الأنظمة الصادرة. وعلى ذلك فإنه يتعين على اللجان والهيئات المختلفة (الأجهزة شبه القضائية) ألا تحكم بالبراءة عند اكتشافها أن الوصف القانوني للجرائم التي شكلت من أجل الفصل فيها لا ينطبق على الفعل الذي اقترفه المتهم الذي يحاكم أمامها؛ وإنما تحكم بعدم الاختصاص، وإحالة الأوراق إلى الحاكم الإداري المختص، لينظر في أمر الإحالة إلى القضاء الشرعي المختص، إذا ما رأى أن الفعل يستوجب التعزير شرعا.

أنماط الجرائم المقننة:

أصدرت السلطة التنظيمية (التشريعية) بالمملكة العربية السعودية عدة أنظمة جنائية. وقد عنيت هذه الأنظمة – فضلاً عن الجوانب الموضوعية المتعلقة بالجرائم- بالجوانب الإجرائية المتعلقة بالتحقيق والمحاكمة عن الجرائم التي تناولتها.

=

[1]- رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٨٦-٨٧.

[2]- انظر في التفصيل في الفصل الثالث من هذا الباب تحت عنوان "أساسيات النظام الجنائي الإسلامي".

وفيما يلي بيان بأهم ما صدر في المملكة من أنظمة جنائية تعزيرية:

- نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٥، وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ هـ.
- نظام مكافحة التزييف، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٢، وتاريخ ١٩٧٩/٧/٢٠ هـ.
- نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤، وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ هـ، والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥٣، وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ.
- نظام الأوراق التجارية (ويتضمن أحكام جرائم الشيكات) الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢٧، وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١ هـ.
- نظام الجمارك (ويتضمن أحكام جرائم التهريب الجمركي) الصادر بالإرادة الملكية رقم ٤٢٥، وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥ هـ.
- نظام مكافحة الغش التجاري، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٥، وتاريخ ١٣٨٢/٨/١١ هـ.
- نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة، والعقوبات الملحقة به بشأن تهريب وتعاطي المخدرات، والصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١١، وتاريخ ١٣٧٤/٢/١ هـ.
- نظام منع بيع الأسلحة واقتنائها، الصادر بالموافقة السامية رقم ٣/١/١، وتاريخ ١٣٥٤/٧/١٣ هـ.
- نظام المرور (جرائم المرور)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٩، وتاريخ ١٣٩١/١١/٦ هـ.
- نظام اتفاقية الجنح والأفعال الأخرى المرتكبة على متن الطائرة[1]، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٧، وتاريخ ١٣٨٦/٨/٢٢ هـ.
- نظام وظائف مباشرة الأموال العامة (جرائم الاختلاس)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٧، وتاريخ ١٣٩٤/١٠/٢٣ هـ.
- نظام سلاح الصيد وجلبه واستعماله، الصادر بالموافقة السامية رقم ٣٦، وتاريخ ١٣٦٩/١/٢هـ.

=

[1] صدر هذا النظام بالموافقة على اتفاقيه طوكيو لسنة "١٩٦٣"، بشأن الجرائم التي ترتكب على الطائرات.

- نظام محاكمة الوزراء، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٨، وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢ هـ.
- نظام العمل والعمال (ويتضمن أحكام الجرائم المتعلقة بالعمل والعمال)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢١، وتاريخ ٦/٩/ ١٣٨٩ هـ.

هذا بالإضافة إلى بعض النصوص الجنائية الأخرى التي وردت في أنظمة أخرى، صادرة في المملكة؛ لتبين العقوبات التي تقع عند مخالفة أحكامها؛ كنظام الإقامة، ونظام الجنسية، ونظام دائرة النفوس.. إلخ.

وفيما يلي أيضا بيان بأهم اللجان أو الهيئات (شبه القضائية):

- ديوان المظالم.
- هيئة الحكم في قضايا الرشوة.
- هيئة الحكم في قضايا التزوير.
- اللجان الجمركية (الابتدائية والاستئنافية).
- لجان الغش التجاري.
- لجنة الأوراق التجارية (جرائم الشيكات).
- اللجنة العليا للمنازعات العمالية (وهي المختصة بتطبيق العقوبات والتدابير الجنائية).
- هيئة حسم المنازعات التجارية.
- هيئة تأديب الموظفين[1].
- هيئة التأديب لقوات الأمن الداخلي.
- هيئة محاكمة الوزراء.

=

[1] - تختص هيئة التأديب بالمملكة بالنظر في قضايا اختلاس وتبديد الأموال العامة، بناء على الادعاء الذي يرفع إليها من هيئة الرقابة والتحقيق. (المادة التاسعة من نظام وظائف مباشرة الأموال العامة بالمرسوم الملكي رقم ٧٧، وتاريخ ١٠/٢٣/ ١٣٩٤ هـ).

الفصل الثاني

تطـور الفكـر الجنائـي

تمهيد:

قديما قال كونفوشيوس الفيلسوف الصيني: "تعلّم الماضي تعرف المستقبل"؛ ففـي هذا القول البليغ الموجز إشارة واضحة إلى أهمية دراسة التطور التاريخي، من أجل صلة الماضي بالحاضر، والعمل على تحسين ظروف الحياة في المستقبل.

وفي دراسة التطور التاريخي لأمر ما؛ يقف الباحث على الكثيـر مـن الأفكـار الهامة، التي يمكن الاستفادة منها في حاضره، بعد إعادة صياغتها إن كانت في حاجة إلى إعادة، كما يمكن الاستفادة منها في التخطيط للمستقبل.

ومن المعلوم أن تطور الفكر الجنائي؛ إنما هو تطور العمل الفقهي الفلسفي، خلال عصور التاريخ المختلفة؛ فالجريمة حدث أزلي قديم، والعقوبات الجنائية هي المقابل الذي صاحب الجريمة في تطورها، وتطور معهـا مـن العـصور القديمـة إلـى الوسـطى إلى الحديثة.

ففي عهد ما قبل نشوء الدولة؛ ساد الانتقام الفردي بين الأفـراد، الـذين كـانوا يعيشون في شكل أسر وقبائل، أو عشائر، وكان من الطبيعي – وقتئذ - أن يسود ناموس الأخذ بالثأر، ومقابلة الأذى بمثله، إن لم يكن بأشد منه؛ فكان الانتصار والبقاء للأقوى[1] .

وتطور الأمر إلى مرحلة أخرى ساد فيها الاعتقاد بأن العقوبة كفارة دينية ترفع غضب الآلهة، وكان ذلك في القبائل الرومانية قبل تأسيس مدينة روما[٢].

=

([1]) رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ١٣٨، ١٣٩.

ولا يزال الثأر عادة مرعية في الوقت الحاضر في بعض البلدان؛ وذلك لأسباب عدة، أهمهـا تراخـي الدولة في النهوض بواجبها في تعقب الجناة والاقتصاص منهم، أو شيوع الاعتقاد بأنها عـاجزة عـن القيام بهذا الواجب.

([2]) رمسيس بهنام: المرجع السابق.

أما بعد نشأة الدولة وتدخلها؛ فقد تحول الانتقام الفردي تدريجيا إلى معنى العقاب، خاصة في جرائم الدم، ولكنه ظل عقابا خاصا، يتولاه المجني عليه أو أولياء دمه شخصيا وبصورة مباشرة، وكان ينقصه – فضلاً عن خصائص العقاب القانوني - تنظيم ومراقبة السلطة العامة له لتضمن عدالته[1].

بيد أنه بازدياد تنظيم وسلطان الدولة تدريجيا؛ تمكنت من القضاء على الانتقام الفردي، ثم القضاء على نظام العقاب الخاص المشار إليه، ونظمت حقها في العقاب، بما يضمن عدالته والحفاظ على الكرامة الإنسانية، واستمر التطور والتنظيم حتى نَظمت سلطات التشريع والقضاء والتنفيذ، وفصلت بين سلطات الاتهام والتحقيق والمحاكمة، حتى توفر المزيد من الضمانات للمتهمين تدعيما للعدالة.

وللمزيد من الإيضاح حول تطور الفكر الجنائي المعاصر على وجه الخصوص؛ نفرق بين **المرحلتين التاليتين**:

أولاً- مرحلة الفكر الجنائي الكلاسيكي.

ثانيا- مرحلة الفكر الجنائي الحديث.

ولما كان لجهود فقهاء الإسلام أثر كبير في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي؛ فإننا نؤثر أن نفرد لإيضاح ثمرات هذه الجهود فصلاً خاصا، هو الفصل الثالث التالي.

=

[1] - علي راشد: مرجع سابق، ص ١٥.

المبحث الأول

الفكر الجنائي التقليدي•

يضم الفكر الجنائي التقليدي اتجاهين فقهيين؛ أولهما فقه المدرسة التقليدية الأولى، وثانيهما فقه المدرسة التقليدية الجديدة.

فقه المدرسة التقليدية الأولى:

في القرن الثامن عشر ظهرت جهود فقهية جنائية واضحة، هدفت جميعها إلى الحد من القسوة المفرطة للعقوبات. وإحداث إصلاحات تشريعية في النظام الجنائي الموضوعي والإجرائي السائد آنذاك. وكان أول من تصدى بشدة لهذه القسوة وما ساد من ظلم نتيجة تعسف القضاة وتحكمهم في مصائر المتهمين؛ الفقيه الإيطالي "سيزار دي بيكاريا" (١٧٣٨م- ١٧٩٤م).

وقد ضمن بيكاريا أفكاره في هذا الخصوص؛ كتابه المشهور "في الجرائم والعقوبات"، الذي كان له صدى قوي في عالم القانون الجنائي[1].

وفيما يلي خلاصة الأهداف التي رمت هذه المدرسة التقليدية إلى تحقيقها[2]:

- إقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؛ فجميع الجرائم والعقوبات يجب تحديدها بمجموعة نصوص قانونية تصدر سلفًا، وتعلن على الأفراد لتكون بمثابة الإنذار قبل العقاب؛ تحقيقًا للعدالة[3].

=

• انظر:

R. Merla A. Vitu: Traité de droit criminal. Paris, 1967, PP. 9-23.

-[1]

Crimes and Punishments.

وقد صدر هذا الكتاب سنة ١٧٦٤م، ولقد انضم إلى بيكاريا في ذلك الوقت فيلانجيري الإيطالي، وجيرمي بنتام الإنجليزي، ثم فوير باخ الألماني.

-[2] رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١٣ وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٤٢ وما بعدها؛ السيد يس: السياسة الجنائية المعاصرة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٥؛ رءوف عبيد: مبادئ علم الإجرام، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٧٢، ص ٣١ وما بعدها؛ علي راشد: مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها، محمود نجيب حسني: علم العقاب، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٦٦ وما بعدها.

-[3] وهو المعنى الذي سجله القرآن الكريم قبل هذه الفترة باثني عشر قرنًا، في قوله تعالى: ﴿**وما كنا معذبين حتى نَبعثَ رسولاً**﴾. (الإسراء، آية ١٥).

- إقرار مبدأ المسئولية الشخصية المؤسسة على حرية الاختيار.
- الحيلولة دون تحكم القضاة بحرمانهم من السلطة التقديرية، وجعل هذه السلطة مقيدة، مع استئثار السلطة التشريعية بتحديد العقوبات تحديدا ثابتًا؛ لأن القاضي إنسان معرض للانسياق وراء غرائزه أو التأثر بالأهواء والانفعالات.
- إلغاء العقوبات القاسية التي تمتهن كرامة الإنسان؛ فعقوبة معتدلة وأكيدة أجدى في مكافحة الإجرام من عقوبة فظة يعمل الجاني على تفاديها بالإفلات من قبضة العدالة.
- تنظيم الإجراءات الجنائية على نحو يضمن حقوق الدفاع، وصيانة استقلال القضاء.
- إقرار أسلوب منع الجريمة قبل وقوعها؛ لتحقيق الدفاع عن المجتمع ضد الجريمة.

وقد أدت هذه المبادئ والأفكار إلى قيام نظام السلطة المقيدة للقضاة، والذي ظهر في قوانين الثورة الفرنسية، إثر زوال نظام السلطة المطلقة مع بقية آثار حكم لويس السادس عشر وأسلافه، الذي اتسم بالظلم والطغيان[1].

كما أدت هذه المبادئ والأفكار إلى إحداث عدة إصلاحات تشريعية، ظهرت واضحة في القوانين التالية:

- قانون جوزيف الثاني الذي صدر في النمسا سنة ١٧٨٧م.
- قانون مقاطعة توسكان الصادر سنة ١٧٨٦م (وقد رأس بيكاريا لجنة صياغته).
- قانون العقوبات الفرنسي (الخاص بالجنايات والصادر سنة ١٧٩١م).

ومع ذلك فلقد كان ما حدث من إصلاحات تشريعية ذا أثر محدود على مكافحة الإجرام؛ حيث أدى نظام السلطة المقيدة للقضاة إلى حرمانهم من سلطة التقدير، مهما اختلفت ظروف المجرمين وأحوالهم؛ الأمر الذي ترتب عليه أن أصبحت العقوبة غير ذات أثر بالنسبة للمجرم الذي تأصلت في نفسه نزعة الإجرام، وغير مقبولة بالنسبة للمجرم المبتدئ، أو الذي اقترف جريمته بالصدفة؛ لأن القاضي كان وقتئذ مجرد بوق يردد كلمة القانون ويطبقها حرفيا. ونتيجة لكل ذلك نشأ شعور بعدم العدالة؛ مما كان له أثره في نفوس المحلفين الذين أصبحوا – وقتئذ - يميلون إلى تقرير عدم الإذناب، رغم

---

[1]- أكرم نشأت إبراهيم: الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي: القاهرة، ١٩٦٥، ص ٢٠.

توافر أدلة الإدانة، كلما شعروا بعدم تناسب العقوبة مـع الـذنب المقتـرف وشخـصية المذنب[1].

فقه المدرسة التقليدية الجديدة•:

قامت هذه المدرسة من حيث أساسها الفلسفي على فكرة العدالة المطلقة Justice absolue التي قال بها الفيلسوف الألماني إيمانويل كانت (١٧٢٤م- ١٨٠٤م)، الذي حدد غاية العقاب بإرضاء شعور العدالة لذاتها، بصرف النظر عما تهدف إليه العقوبـة مـن منفعة. وقد أوضح "كانت" أن هذه الغاية تتحقق بإصلاح الأذى الذي تحدثه الجريمة فـي الضمير الإنساني، عن طريق التكفير بالعقاب، باعتبار أن خطيئة المجرم في مقام الـدين في ذمته، وأن العقوبة هي عدل الجريمة[2].

ولقد تميز فكر المدرسة التقليدية الجديدة عن فكر المدرسة التقليدية؛ فبينما اقتصر دور المسئولية الشخصية في التقليدية على مجرد اشتراط توافرها للحكم بالعقوبـة مـن حيث المبدأ؛ فإن التقليدية الجديدة قد جعلت من هذه المسئولية معيـارا لتفريـد وتنويـع المعاملة الجنائية؛ بحيث أصبحت تختلف من مجرم إلى آخر بالنظر إلى مدى ما يتـوافر لديه من مسئولية؛ فإن ذلك خطوة هامة في سبيل العناية التامـة بالشخـصية الإجراميـة قبل الحكم.

ومن القوانين التي تأثرت بأفكار هذه المدرسة ووسعت نسبيا من السلطة التقديرية للقاضي؛ قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٨١٠م، الذي عدل في ٢٥ يونيه سـنة ١٨٢٤م بتوسيع نطاق تطبيق نظام الظروف القضائية المخففة، وفي ٢٨ أبريل سنة ١٨٣٢م بحث القضاة على ضرورة الاهتمام بشخصية الجاني، والعمل على إصلاحه بقـدر الإمكـان، والقانون الألماني لسنة ١٨٧٠، والإيطالي لسنة ١٨٨٩م.

=

1- حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٤.

وكان طبيعيا أن يصبح هذا الوضع المتطرف هدفًا للانتقاد من جانب فلاسفة القرن الثامن عشر.

• انظر:

Merle et Vitu: OP, cit, P. 38 et suiv.

2- لقد استخلص "كانت" فكرته عن العدالة المطلقة من قواعد الأخلاق، بينما خالفـه "جـورج هيجـل"، وأضفى على فكرة العدالة مفهوما قانونيا آنذاك بقوله إن الجريمة نفي للقانون، والعقوبة نفي لذلك النفي، وعلى ذلك تكون العقوبة تأكيدا للقانون.

(يسر أنور علي وآمال عثمان: علم العقاب، ١٩٧٢،ص ٢٨).

ومع ذلك فقد أسرف القضاة في استعمال هذه السلطة الموسعة نسبيا، وفي اللجوء إلى تطبيق نظام الظروف المخففة؛ الأمر الذي ترتب عليه زيادة الأحكام الصادرة بعقوبات حبس قصير المدة، وتضاعف ظاهرة الإجرام[1].

=

[1] - حسنين عبيد: مرجع سابق، ص ١٧.

المبحث الثاني

الفكر الجنائي الحديث

تطور الفكر الجنائي في العصر الحديث تطورا ملحوظًا، ابتداء مـن منتـصف القرن التاسع عشر؛ حيث اتجه التفكير إلى دراسة الجريمة بطريقة تجريبية علمية، بـدلاً من الطريقة التجريدية الفلسفة، وبهذا البحث العلمي التجريبي ظهر علم الإجـرام، الـذي اهتم بالعوامل الداخلية والخارجية المؤدية إلى ارتكاب الجريمة؛ الأمر الذي كان له أثـره في لفت الأنظار إلى ضرورة إضفاء الطابع العلمي على نوع الجزاءات الجنائية، واختيار الجزاء الملائم لكل مجرم على حدة، على ضوء ما يتكشف بالدراسة من أسباب[1].

ولقد مرت السياسة الجنائية الحديثة بثلاث مراحل رئيسية هي:

١- فقه المدرسة الوضعية الإيطالية.

٢- فقه المدرسة التوفيقية (الوسطية).

٣- فقه الدفاع الاجتماعي.

وفيما يلي إيضاح لخلاصة فكر كل مرحلة من هذه المراحل على التوالي:

١- فقه المدرسة الوضعية:

تحددت الاتجاهات العلمية لهذه المدرسة على يد أقطابهـا سـيزار لـومبروزو (١٨٣٥م – ١٩٠٩)[2]، وأنريكـو فيري (١٨٥٦-١٩٢٩م)[3]، ورفـائيلي جاروفـالو (١٨٥٢م – ١٩٣٤)[4].

=

1- أحمد فتحي مسرور: أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ١٩٧٢، ص ٣٠.

2- في مؤلفه:

L'home criminel. Tome I, 1895

3- في مؤلفه:

Criminal Sociology, The Criminology Series, II, London, 1895.

4- في مؤلفه

La Criminologie, Paris, 1905.

انظر

Merle et Vitu: op. cit., P. 24 et Suiv.

وقد تأثرت هذه المدرسة بالمناخ الفكري الذي كان سائدا عند نشأتها، والذي كانت تسوده تيارات الفلسفة الوضعية الفرنسية (وبوجه خاص أفكار ونظريات أوجست كونت)، والفلسفة المادية الألمانية، والفلسفة التطورية الإنجليزية، وبوجه خاص أفكار ونظريـات أوجست كونت)، والفلسفة المادية الألمانية، والفلسفة التطورية الإنجليزية، وبوجه خـاص أفكار ونظريات "داروين"، التي روج لها "هربرت سبنـسر"؛ لتـصبح مـذهبا تطوريـا اجتماعيا[1] .

وخلاصة ما نادت به هذه المدرسة ما يلي[2]:

- نبذ قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات.
- تحليل شخصية الجانح، بالنظر إلى الخطر الذي يمثله على النظام الاجتماعي، وليس بالنظر إلى مدى المسئولية الأدبية.
- استبدال التدابير الاحترازية المتناسبة مع خطورة المجرم، بالعقوبات التقليدية، بقصد حماية المجتمع.
- منح القاضي – لهذا الغرض - سلطة واسعة لكي يتمكن من تحديد المعاملة الجنائية الملائمة للجاني.

وعلى الرغم من تأسيس اتجاهات هذه المدرسة على أسس علمية، وعنايتها بشخصية الجاني؛ فلقد تعرضت لبعض انتقادات أهمها غرقها في ميدان التجريب، فضلاً عن إهدارها لضمانات الحرية الفردية، بإلغاء مبدأ الشرعية، وتماديها في الدفاع عن المجتمع على حساب الحقوق المشروعة للأفراد.

ومع ذلك يمكن القول بأن هذه المدرسة قد حققت مكاسب جزئية، تمثلت في إبراز أهمية العناية بشخصية المجرم قبل الحكم، ولفت الأنظار إلى أهمية منح القاضي سلطة تقديرية موسعة في اختيار الجزاء الجنائي.

٢- فقه المدرسة التوفيقية (الوسطية):

نشأت هذه المدرسة في أوائل القرن الحالي، واشتملت على عدة اتجاهات؛ أهمها اتجاه تزعمه اليمينا وكارنفالي، وآخر تبناه الاتحاد الدولي للقانون الجنائي الذي أنشأه في سنة ١٨٨٠م ثلاثة من مشاهير الفقهاء الجنائيين؛ هم: فون ليست الألماني، وفـان هامـل الهولندي، وأدولف برنز البلجيكي.

=

1- السيد يس: مرجع سابق، ص ٦.

2- انظر في التفاصيل: أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٣؛ السيد يس: نفس المرجع والموضع.

وقد أخذت هذه المدرسة عن المدرسة الكلاسيكية الاهتمام بالعقوبة والمسئولية الجنائية كأساس للعقاب، وعن المدرسة الوضعية الاهتمام بشخصية الجاني وتفريد العقوبة؛ فجمعت بذلك بين العقوبات التقليدية والتدابير الاحترازية، على أن توقع العقوبات على المجرمين العاديين لتحقيق أغراض الردع والتدابير على الشواذ ومعتادي الإجرام والأحداث[1].

ولقد كان لأفكار هذه المدرسة أثرها الواضح في إحداث بعض تعديلات تشريعية في عدة قوانين أهمها: القانون النرويجي لسنة ١٩٠٢م، والدانماركي لسنة ١٩٣٠م، واليوناني لسنة ١٩٥٠م، واليوغسلافي لسنة ١٩٥١م، والإثيوبي لسنة ١٩٥٧م، والسويدي لسنة ١٩٦٢م، كما تأثر بها القانون الإنجليزي، وقوانين بعض الولايات الأمريكية[2].

ومن القوانين العربية التي تأثرت بهذه الأفكار قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣، والقانون السوري لسنة ١٩٤٩م، والليبي لسنة ١٩٥٣م، ثم المغربي لسنة ١٩٦٢م.

وعلى الرغم من تأثير أفكار هذه المدرسة على التشريعات المشار إليها؛ إلا أن انتقادا وجه إليها مقتضاه افتقارها إلى الأصالة منذ نشأتها؛ الأمر الذي أدى إلى هجر الكثير منها، والبحث عن اتجاه جديد آخر، تمثل في سياسة الدفاع الاجتماعي.

٣- فقه الدفاع الاجتماعي:•

بدأت مرحلة السياسة الجنائية الاجتماعية مع بداية ظهور الدفاع الاجتماعي (لجراماتيكا) سنة ١٩٤٥م، وتأسيس مركز لدراسات الدفاع الاجتماعي في نفس السنة.

=

1- السيد يس: مرجع سابق، ص ٧.

2 -Michel Lembert: Nouveau penal suedios. Rev. sc. Crim., 1963, P. 417; Frank J. Remington: Les methods techniques employes dans l'elaboration de la sentence penale. Rev. int. d.p., 1960, p. 45; Kelare: La "Criminal Justice act" de 1961. Rev. sc. Crim., 1961, p. 159.

وفي الوقت الذي سادت فيه أفكار هذه المدرسة؛ آزرت المدرسة الفرنسية التوفيقية الاتحاد الدولي للقانون الجنائي (الذي حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات)، وكان على رأس هذه المدرسة الفرنسية جبرائيل تارد، وريمون سالي، وهو الذي كان له الفضل الأكبر في إيضاح معالم التفريد الجنائي في كتابه:

De l'individualisation de la peine. Paris.

وكانت الطبعة الأولى من هذا الكتاب سنة ١٨٩٨، والثالثة سنة ١٩٢٧ م.

• انظر: Merla et Vitu: op. cit. p. 31 et sniv.

وفي سنة ١٩٥٤م أصدر "مارك أنسل" كتابا بعنوان: "الدفاع الاجتماعي الجديد"، حاول فيه أن يضع صياغة جديدة متميزة لنظرية الدفاع الاجتماعي؛ وبذلك أصبح للدفاع الاجتماعي اتجاهان: الأول لجراماتيكا[1]، والثاني لمارك آنسل[2].

أولاً- فقه الدفاع الاجتماعي لجراماتيكا:

في أعقاب الحرب العالمية الثانية نادى جراماتيكا بوجوب القضاء المبرم على القانون الجنائي التقليدي، وإحلال "قانون الدفاع الاجتماعي" محله. وتدور أفكار هذا القانون حول الإنكار المطلق للجريمة بحسبانها حادثًا فرديا، تترتب عليه مسئولية فردية، والنظر إلى ظاهرة "الإجرام" بوصفها مظهرا من مظاهر الخلل أو الاضطراب الاجتماعي، الذي يترتب على تعقد الظروف للمجتمعات[3].

ويرى جراماتيكا أن علاج هذا الخلل لا يكون بترتيب الآثار القانونية وتحميلها للأفراد؛ وإنما يكون "بتدابير الإصلاح الاجتماعي"، التي تهدف إلى الوقاية من الجريمة ابتداء، وعلاج أو تقويم أو إصلاح مرتكبيها إن وقعت. ومن التدابير العلاجية أو التقويمية أو الإصلاحية يتألف قانون الدفاع الاجتماعي[4].

ولقد أسس جراماتيكا أفكاره السابقة على حقيقة الطبيعة الإنسانية من ناحية، وطبيعة علاقة الفرد بالمجتمع من ناحية أخرى؛ فبالنسبة للطبيعة الإنسانية ذهب إلى أن الإنسان كائن مشحون بالأنانية المطلقة، وهو يود لو استطاع أن يضرب صفحا عن المجتمع، ويتمنى أن يكون حرا طليقًا، يمارس من الأفعال ما يشاء ويهوى؛ لإشباع رغباته، دون تدخل من الآخرين. وهذه الرغبات لا يقف أمامها سوى المشاعر الإنسانية، التي تخفف من حدتها تلك المشاعر التي تنشأ لديه بتأثير الدين والتربية والمعتقدات الاجتماعية، واعتبارات المنفعة وغيرها[5].

=

1 -Filippo Gramatica: Principes défence Social Paris. 1964.

وجراماتيكا هو مؤسس "الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي".

2 -Marc Ancel: La défense sociale nouvelle, 1966.

وكانت الطبعة الأولى لهذا المؤلف سنة ١٩٥٤، وترجم إلى الإسبانية سنة ١٩٦١، وإلى التشيكية سنة ١٩٦١، وإلى الإنجليزية سنة ١٩٦٥، ثم إلى الإيطالية سنة ١٩٦٦.

3 - علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٠.

4 - نفس المرجع والموضع.

5 -Gramatica: op. cit., P. 12 et suiv.

وبالنسبة لطبيعة علاقة الفرد بالمجتمع والدولة؛ يرى جراماتيكا أن المجتمع حالة واقعية، وجد الناس أنفسهم فيها بطريقة تلقائية، سببها الواقع المتمثل في تجمعهـم، وأنـه ينبني على هذا التصوير وجوب خضوع الدولة لمقتضيات احتـرام الحقـوق الأساسـية للإنسان، والعمل على حمايتها، والحد من القيود التي تضيق منها[1].

وللتوفيق بين متطلبات الطبيعة الإنسانية من ناحية، ومتطلبات الحياة في مجتمـع من ناحية أخرى؛ فإن الأمر يقتضي البحث عن وسائل يمكن بواسطتها تخفيف متطلبـات الطبيعة الإنسانية، دون معارضة تطلعات الإنسان[2]. وفي سبيل ذلك جعـل جراماتيكـا "الشخصية" بجوانبها الاجتماعية والبيولوجية والنفسية محورا لنظرية الدفاع الاجتمـاعي، ورتب على ذلك وجوب تحوير القانون الجنائي على أساس هذه الأفكار[3].

ولم يكتف جراماتيكا بجعل "الشخصية" محورا لنظرية الدفاع الاجتمـاعي؛ بـل ذهب إلى حد المطالبة بإلغاء العقوبات بمختلف أنواعها، والاستعاضة عنها بمجموعة من التدابير الاحترازية، أطلق عليها الدفاع الاجتماعي، كما طالب بإلغاء القـانون والقـضاء الجنائيين، والاكتفاء في مجال مكافحة الإجرام بسياسة اجتماعية محورها دراسة شخصية كل منحرف دراسة اجتماعية شاملة، على ضوء أسس العلوم التجريبية الحديثة؛ لتحديـد أسباب انحرافه، وتقرير التدبير الملائم لعلاجه وتقويمه، وإعادته إلى المجتمـع عـضوا صالحا؛ فلا جريمة ولا مجرم ولا عقاب كما ذهبت المدرسة التقليديـة، ولا جبريـة ولا انسياق إلى الإجرام ولا مرضى أو خطرين كما ذهبت المدرسة الوضـعية؛ وإنمـا هـو مجرد انحراف اجتماعي لا ينبغي أن تهدر بسببه آدمية الإنسان[4].

وفي الواقع إن أفكار جراماتيكا المشار إليها، وإن كانت تتفق – من زاوية - مع اتجاهات القانون الجنائي الحديث، وخاصة فيما يتعلق بتفريد المعاملة الجنائية؛ فإنهـا لا تتفق مع هذه الاتجاهات من زاوية أخرى؛ لأن هذه الاتجاهات الحديثة وفكـرة ملاءمـة

=

1- Gramatica: Ibid

2- السيد يس: مرجع سابق، ص ٣٢.

3- جراماتيكا: المبادئ الأساسية لفكرة الدفاع الاجتماعي، مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للـدفاع الاجتماعي، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٩٤ وما بعدها.

4- علي راشد: نحو مفهوم عربي لسياسة الدفاع الاجتماعي للجريمة، مجموعة أعمال الحلقـة العربيـة الأولى للدفاع الاجتماعي، القاهرة سنة ١٩٦٦، ص ٢٢٠.

الجزاء الجنائي لشخصية الجاني؛ تحتمل أن يكون الجزاء مخففًا أو مشددا، كما تحتمل أن يكون عقوبة أو تدبيرا؛ وهو ما لا يسعف به فقه جراماتيكا[1].

ثانيا- فقه الدفاع الاجتماعي لمارك آنسل:

لم يقتنع مارك آنسل بما ذهب إليه جراماتيكا من وجوب إلغاء القانون والقـضاء الجنائيين؛ ولذلك بادر إلى صياغة فقهية جديدة لنظريتـه فـي الـدفاع الاجتمـاعي[2]، لا تحفل كثيرا بالجدل الفقهي؛ وإنما تركز على العناية بالكرامـة الإنـسانية، وصـيانة الحقوق والحريات الفردية، ولو كان الأمر متعلقًا بمحكوم عليه بجزاء جنائي، وهو يحافظ رغم هذا الطابع الإنساني لفكره على الطابع القانوني للنظام الجنائي، والاعتراف للقضاء بدوره الأساسي، بيد أنه يرى وجوب التخلص من طغيان التفكير القانوني المجرد، وإعادة النظر في بعض الافتراضات القانونية المستقرة[3]. وفضلاً عن ذلك؛ فقد ذهب آنسل إلى أن أفكاره الاجتماعية الواقعية تقتضي الاعتداد بشخصية الجاني، وإعداد ملف للشخـصية في المرحلة القضائية، وإعادة النظر في الجزاءات الجنائية بإدماج العقوبات والتدابير في نظام موحد؛ حيث لا خلاف عنده بين الاثنين من الناحية الجزائية، مـا دامـت معاملـة المجرم قد تحددت وفق معايير فيزيقية واجتماعية وأدبيه، وأنه لن يتطلـع إلـى التفرقـة بينهما إلا الفقيه القانوني، إرضاء لحسن الصياغة القانونية[4].

وبناء على ذلك يمكن القول بأن فقه آنسل يوافق إلى حد كبير القـانون الجنـائي الحديث، الذي يعنى بفكرة تفريد المعاملة الجنائية استنادا إلى درجة خطورة الجاني، التي يحددها القاضي، بالاستعانة بملف الشخصية كما سنوضح تفصيلاً فيما بعد.

ولقد كان لفقه الدفاع الاجتماعي بجناحيه أثر كبير في عقد الكثير من المؤتمرات الدولية والحلقات العلمية، التي تناولت مبادئ وأفكار جراماتيكا وآنسل لتقويمهـا. وكـان

=

[1] - ويعلق الأستاذ الدكتور علي راشد على أفكار جراماتيكا بقوله: "إن الصورة التي يرسمها جراماتيكـا لقانون الدفاع الاجتماعي قد تليق بمجتمع مثالي، تطهر بالفعل من كل ما يرهقه من مظاهر الاضطراب والخلل، وهو أمر لا يزال بعيدا عن التحقق في زماننا؛ لأنه يتطلب اجتماع عدد من الظروف الحضارية والسكانية والاقتصادية والسياسية، وغيرها ممـا يتعـذر تـوفره فـي أي مجتمـع مـن المجتمعـات المعاصرة....". (المدخل، صفحة ٧٧).

[2] -Marc Ancel: La défence sociale nouvelle. Paris, 1966.

[3] - سمير الجنزوري: مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، مقارنًا بأحكام الشريعة الإسـلامية، القـاهرة ١٩٧١، ص ١٦.

[4] - أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، ص ٧٢.

أول هذه المؤتمرات المؤتمر الأول للدفاع الاجتماعي في سان ريمو بإيطاليا سنة ١٩٤٧م، ثم المؤتمر الثاني في لييج سنة ١٩٤٩م، الذي قرر تشكيل الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي برئاسة جراماتيكا، ثم توالت المؤتمرات حول هذه الأفكار حتى الآن. ولعل الحدث الهام في تاريخ الجمعية الدولية المشار إليها؛ هو الوصول إلى "برنامج للحد الأدنى لمبادئ الدفاع الاجتماعي"؛ للتوفيق بين الجناحين المتطرف والمعتدل.

ولقد بلور برنامج الحد الأدنى الملامح الرئيسية للقانون الجنائي الاجتماعي في بنود أربعة؛ اختص الأول منها بالمبادئ الأساسية لحركة الدفاع الاجتماعي، والثاني بالمبادئ الأساسية للقانون الجنائي، والثالث بنظرية القانون الجنائي، ثم الرابع بمنهج تطوير القانون الجنائي[1].

ومهما يكن من أمر؛ فإن جميع هذه الأفكار الحديثة، إنما تهدف إلى تأكيد فكرة التفريد الجنائي، والعناية بشخصية الجاني؛ ذلك التفريد الذي ينبغي أن يكون وسيلة لا غاية، في سبيل إعادة التكيف الاجتماعي للجناة.

=

[1] - راجع ترجمة عربية لهذا البرنامج في المرجعين التاليين: علي راشد: المدخل، طبعة سنة ١٩٧٠، ص ٨٠؛ حسن علام: توجيه جديد في السياسة الجنائية، مجموعة أعمال الحلقة العربية الأول للدفاع الاجتماعي، القاهرة ١٩٦٦، ص ٢٥٠.

الفصل الثالث

أساسيات النظام الجنائي الإسلامي

يتميز النظام الجنائي الإسلامي بمميزات أساسية، تتفق مع طبيعة البشر، وتضمن للأحكام الصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان. ونجمل فيما يلي أهم هذه المميزات[1]:

(أ) العموم وعدم جواز العفو أو الشفاعة في الحدود:

فأحكام النظام الجنائي الإسلامي عامة تعم الحاكم والمحكوم، وقد كان رسول ا ﷺ يعطي القود من نفسه، وكذلك الصحابة رضي ا عنهم من بعده[2]؛ فالجميع أمـام ا لحكم العدل سواء، لا فاضل ولا مفضول عند ارتكاب الرذائل؛ إنما الفاضل والمفـضول في التحلي بالفضائل، ومدى الأخذ بها.

ويترتب على ذلك أن الحاكم يقيد في تطبيق أحكام النظام الجنائي الإسلامي بعدم جواز العفو أو الشفاعة في حد من حدود ا . وهنا نذكر واقعة المرأة المخزوميـة التـي سرقت، وأراد القوم آنذاك أن يشفعوا لها عند رسول ا ﷺ، واختاروا لذلك أسـامة بـن زيد، لما له من مكانة في قلب رسول ا . فما إن ذكر ذلك أمامه، حتى غضب الرسـول ﷺ غضبا شديدا، وقال له: ﴿أتشفع في حد من حدود ا ؟﴾. ثم قال: ﴿إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد. وأيم ا لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها﴾[3].

(٢) اتصال النظام الجنائي بالأخلاق والضمير[4]:

=

[1] - يراجع في التفصيل: محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الجريمة، القاهرة، طبعة ١٩٧٦، ص ١٢ وما بعدها.

[2] - لنا عودة إلى ذلك تفصيلاً عند معالجة موضوع سريان النظام الجنائي على الأشخاص.

[3] - رواه البخاري ومسلم عن السيدة عائشة رضي ا عنها. والمخزومية هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسد. ومما يذكر أن هذا الحادث قد وقع يوم فتح مكة.

(عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٣٩٢، المقدمة).

[4] - أبو زهرة: مرجع سابق، ص ١٢.

فالمسلم المتدين يحس دائما بأنه في رقابة ا سبحانه وتعالى، وأنه محاسب على أفعاله، وعلى نواياه أيضا في الآخرة؛ فقد قال ﷺ: ﴿**إنما الأعمال بالنيـات، وإنمـا لكـل امرئ ما نوى**[1]﴾.

ولذلك فإن إيقاظ الضمير، والحفاظ على الأخلاق في المجتمع من الأمور المهمة جدا، والتي تترتب عليها الفوائد التالية:

(أ) الوقاية من معظم الجرائم؛ لأن الذين يقترفون الجرائم إنما يقترفونها بدافع الحقد على المجتمع، ولا يحسون برابطة الرحمة تربط بينهم.

وليست كثرة الجرائم إلا أمارة دالة على انقطاع الصلة الرابطة بـين المجتمـع، وطائفة من الذين يعيشون فيه. وقد سمى العرب قديما تلك الطائفـة "بالـشذاذ"؛ أي مـن انقطع عن الناس في المشاعر والأحاسيس.

ب- تيسير إثبات الجرائم؛ فالجرائم لا تقع إلا مستترة، لا يراها إلا من يوجد صدفة قرب مسرحها. وهنا يلعب الضمير دوره؛ حيث يشعر المسلم بأن عليه واجبا نحـو ربـه، وهو واجب الإبلاغ عنها، تنفيذًا لقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كونـوا قـوامين بالقسط شهداء ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين**[2]﴾.

ج- الإحساس بالندم والرغبة في التوبة، سواء أوقع الجاني تحت سلطان العقاب أم فر منه؛ وذلك لإحساسه أن ا تعالى مراقبه ومحاسبه؛ وذلك على عكس الحال في المجتمعات البعيدة عن الدين والنظام الإسلامي حيث يقل الوازع الخلقي؛ فنجد المجرم إذا أفلت من العقاب ازداد ضراوة، وإذا عوقب بالسجن أمدا طال أم قصر؛ فإنه يخرج منه، وقد اشتد كلبه، واستمرأ أموال الناس وكراماتهم؛ إذ لا دين يردع، ولا خلق يمنع.

(٣) التحريض على التوبة:

فكان النبي ﷺ، يحث على عدم تعيير المجرم بجريمته؛ حتى لا تستمر نفسه فـي ردهة الجريمة. ويروى في ذلك أنه بعد إقامة حد الشرب على أحد الأشخاص؛ قال بعض الحاضرين له وهو خارج: "أخزاك ا ". فغضب رسول ا منهم وقال لهـم: ﴿لا تعينـوا عليه الشيطان[3]﴾. وهذا معنى حكيم؛ لأن الآثم إن أحس بنفرة الناس منه، واحتقارهم له،

=

1- رواه البخاري ومسلم.

2- النساء، آية ١٣٥.

3- رواه البخاري وأبو داوود.

ونبذهم إياه؛ انتبذهم هو الآخر قصيا، ومن ترك الجماعة تسلمه الـشيطان، ولـيس فـي الإسلام منبوذ لا يرجى منه الخير.

وكان النبي ﷺ حريصا كذلك على تمكين الآثم من التوبة بعد أن ينـال عقوبتـه؛ حيث قال: "إن السارق إذا تاب سبقته يده إلى الجنة، وإن لم يتب سبقته إلى النار".

(٤) شفاء غيظ المجني عليه[1]:

فلقد اعتبر النظام الإسلامي جناية القتل جناية على المجتمع كله؛ ولذلك قـال ا تعالى: ﴿**من قَتَلَ نَفْسا بِغَير نَفْسٍ أَو فَسادٍ فِي الأرض فَكَأَنما قَتَلَ الناس جمِيعـا ومـن أَحياها فَكَأَنما أَحيا الناس جمِيعا**[2]﴾. وإحياؤها يكون بالقصاص لها؛ كما قـال تعـالى: ﴿**ومن قُتِلَ مظْلُوما فَقَد جعلْنَا لِولِيهِ سلْطَانًا فَلا يسرف فِي الْقَتْلِ إِنه كَان منْـصورا**[3]﴾؛ ففي ذلك ملاحظة لنفسية المجني عليه، وشفاء لنفس ذويه.

فمفقوء العين لا يشفي قلبه مال مهما يكن قدره، ولكن يشفي قلبه أن يجد الجـاني مفقوء العين. ومن أُطم في مجتمع عام لا يشفي قلبه أي مال مهما كان قدره، وأي عقوبة مهما كان نوعها، ولكن يشفي قلبه أن يلطم وجه المعتدي في مجتمع عام؛ كما لطم وجهه. وفي ذلك أنجع علاج لظاهرة الثأر التي سادت في بعض المجتمعـات، وترتـب عليهـا تسلسل جرائم القتل، حتى إن الثأر لتتوارثه الأعقاب والذرية بـسبب أحكـام جنائيـة لا تراعي على الإطلاق نفسية المجني عليه أو ذويه. وفي ذلك مخالفة وتعارض مع أحكـام الشريعة الإسلامية؛ حيث تعطي المجني عليه أو أولياء دمه حقا في طلب القصاص مـن الجاني، أو العفو عنه مقابل الدية أو بلا مقابل، تأسيسا على قوله تعالى: ﴿**فَمن عفِي لَـه مِن أَخِيهِ شَيء فَاتباع بِالْمعروفِ وأَداء إِلَيهِ بِإِحسانٍ ذَلِك تَخْفِيفٌ من ربكُم ورحمةٌ**[4]﴾، وقوله تعالى: ﴿**فَمن تَصدقَ بِهِ فَهو كَفارةٌ له**[5]﴾. ذلك الحق الذي تنكره بعض التشريعات الوضعية البعيدة عن الإسلام؛ فلا تقيم وزنى لنفسية ورثة القتيل أو عصبته، ولا لرغبتهم في القصاص من الجاني، أو العفو عنه؛ حيث تعطى النيابة العامة دون غيرها حق رفـع

=

[1]- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ١٩.

[2]- المائدة، آية ٣٢.

[3]- الإسراء، آية ٣٣.

[4]- سورة البقرة، آية ١٧٨.

[5]- سورة المائدة، آية ٤٥.

الدعوى الجنائية ومباشرتها، وأقصى ما يكون لأولياء الدم أن يطالبوا بتعويض مدني عما أصابهم من ضرر بسبب الجريمة[1].

(٥) عدم قيد جريمة دم ضد مجهول:

فمن الأمور المقررة شرعا أنه: "لا يطل[2] دم في الإسلام"؛ حيث لا توجد جريمة قتل تقيد ضد مجهول – كما يحدث في بعض الأنظمة الوضعية - وإنما يؤخذ بنظام القسامة[3]. ويقصد بالقسامة في اصطلاح الفقهاء الأيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم، أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه. وكانت القسامة من طرق الإثبات في الجاهلية، فأقرها الإسلام. فقد روى أحمد ومسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أنه أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية. وقد طبقها النبي ﷺ في واقعة قتل "محيص بن مسعود"[4]، كما طبقها عمر رضي الله عنه في واقعة قتل وجد القتيل فيها بين قريتين؛ فأمرهم عمر أن يقيسوا المسافة بينهما فوجدوه إلى إحداهما أقرب، فأحلفهم عمر خمسين يمينًا؛ حيث حلف كل رجل بأنه ما قتله ولا يعرف له قاتلاً، ثم أغرمهم الدية. فقالوا: يا أمير

=

[1] - علي علي منصور: نظام التجريم والعقاب في الإسلام، المدينة المنورة، ١٩٧٦، ص ٧٩-٨٠.

[2] - أي لا يهدر.

[3] - مراجعنا في نظام القسامة هي:

(ابن قدامة: المغني، جـ٨، ص ٤٨٧ وما بعدها؛ عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، بيروت، بدون تاريخ، جـ٢، ص ٣٢١ وما بعدها؛ أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٠، ٢١؛ طه أبو الخير: حرية الدفاع، الإسكندرية، ١٩٧١، ص ٢٠٦.

[4] - وقد ذكر صاحب المغني (جـ٨، ص ٤٨٧) أن: "الأصل في القسامة، ما روي يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثْمةَ ورافع بن خديج، أن محيصةَ بن مسعود وعبد ا بن سهل انطلقا إلى خيبر، فتفرقا في النخيل فقتل عبد ا بن سهل، فاتهموا اليهود، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصةَ إلى النبي ﷺ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم، فقال النبي ﷺ: "كبر الكُبر". أو قال: "ليبدأ الأكبر". فتكلما في أمر صاحبهما، فقال النبي ﷺ: ﴿يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم (أي فيسلم إليكم) برمته﴾ فقالوا: أمر لم نشهده، كيف نحلف؟ قال: ﴿فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم﴾ قالوا: يا رسول ا ، قوم كفار ضلال. قال: فوداه رسول ﷺ من قبله (أي دفع ديته).

المؤمنين: أنبذل أموالنا وأيماننا؟ فقال عمر: أما أيمانكم فلحقن دمـائكم، وأمـا أمـوالكم فلوجود القتيل بين أظهركم.

ومن المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا في القتل فقط، سواء أكان عمدا أم شبه عمد أم خطأ.

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضـد الجـاني، كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى، أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجـاني؛ فإن لم يكن هناك – مثلاً - إلا شاهد واحد على القتل، أو لم يكن هنـاك شـهود، ولكـن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم؛ كان لولاة القتيل أن يثبتوا الجريمـة علـى المتهم بطريق القسامة.

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة ليست دليل إثبات للفعل المحرم؛ وإنما هي دليـل نفي لأهل المحلة التي وجد بها القتيل؛ لأن البينة دائما على المدعي واليمين علـى مـن أنكر، فإذا لم يعترف أحد أهل المحلة التي يوجد بها القتيل بالقتل وأنكروا؛ كانت علـيهم القسامة، وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم؛ فتكون دليل نفي لهم[1].

وقد اختلف الفقهاء حول من يدخل القسامة من الأشخاص؛ فذهب الشافعي إلى أن يدخلها كل الورثة سواء أكانوا رجالاً أم نساء. أما أحمد ففي مذهبه روايتان؛ الأولـى: أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم، وبالرجال دون النساء، والثانيـة: أن يحلـف مـن العصبة خمسون رجلاً، كل واحد يمينًا؛ وهو قول مالك.

ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد؛ ففي الخطأ يحلف إيمان القـسامة كـل من يرث القتيل، أما في العمد فلا يحلف إلا العصبة، ويستوي أن يكون العاصب وارثًـا أو غير وارث، ولا تحلف فيه النساء.

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة لا تجب إلا على الرجال البالغين العقلاء. ولكـن الحنفية يختلفون على ما إذا كان الصبي والمجنون يدخلان في الدية مع العاقلـة، فيـرى بعضهم دخولهما لأنهما مؤاخذان بالضمان المالي لأفعالهما، وهو الرأي الراجح، بـشرط وجود القتيل في ملكهما[2].

(٦) صيانة المصالح الخمس المعتبرة في الإسلام:

=

1- عودة: جـ٢ ص ٣٢٨، ٣٣٤.

2- عودة: جـ٢، ص ٣٢٨، ٣٣٤.

الجرائم تمثل اعتداء خطيرا على مصالح أساسية للناس يحميها الإسلام، بتقرير عقوبات مناسبة على المساس بأي منها، مهما كانت درجة الاعتداء. تلك المصالح التي أطلق عليها "الضروريات أو الكليات الخمس"؛ وهي: "الدين والنفس والعقل والنسل والمال". فالزنى اعتداء على النسل، والسرقة اعتداء على المال، وشرب الخمر اعتداء على العقل، والردة اعتداء على الدين، والقتل اعتداء على النفس.

وهذه المصالح تكاد تكون هي المصالح المعتبرة في مختلف الشرائع، والتي تحميها مختلف التشريعات، وإن تفاوتت درجات الحماية، وسبل العلاج؛ فهي الأساس في اعتبار فعل ما جريمة، إذا تضمن اعتداء – كبيرا كان أو يسيرا - على إحداها.

والشريعة الإسلامية في نظامها الجنائي تواجه مختلف الاعتداءات وفق خطة فريدة؛ حيث تقسم الجرائم إلى **نوعين رئيسيين**:

(أ) الجرائم ذات العقوبات المقدرة؛ وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص.

(ب) الجرائم ذات العقوبات غير المقدرة؛ وهي الجرائم التعزيرية التي لم يحدد الشارع الإسلامي لها عقوبات معينة، وإن أورد الأصول التي يتعين على ولي الأمر أن يستند إليها في التجريم والعقاب التعزيري.

(٧) النظام المتميز لجرائم الحدود والقصاص[1]:

فجرائم الحدود هي ذلك العدد القليل من الجرائم الخطيرة، التي تتعلق بحق الله سبحانه وتعالى. وقد حددت الشريعة الإسلامية تلك الجرائم وعقوباتها تحديدا لا يقبل التعديل، حتى لا تترك للحكام على مر الزمان فرصة للتحكم أو التصرف وفق الأهواء الشخصية أو الرغبات، وحتى تضمن القدر الأعظم من الحماية للمصالح المعتبرة، التي شرعت الحدود من أجل صيانتها، وهي لا تقبل العفو أو الشفاعة كما أشرنا.

وهذه الحدود سبعة، وإن اختلف البعض في عددها وتفاصيلها[2]؛ وهي: حد السرقة، وحد الزنى، وحد القذف، وحد قطع الطريق (الحرابة)، وحد الشرب، وحد الردة، ثم حد البغي.

=

1- علي منصور: مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

2- اختلف الفقهاء اختلافًا بينًا حول بعض هذه الحدود وعقوباتها، ومن ذلك اختلافهم حول عددها؛ حيث يخرج البعض جرائم "البغي وشرب الخمر والردة" من نطاقها (انظر في التفاصيل: محمد العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٢١ وما بعدها). ومن ذلك أيضا اختلافهم حول عقوبة الرجم، وعقوبة الشرب التي وقعها رسول الله ﷺ بأربعين جلدة، ثم زادها عمر رضي الله عنه بناء على فتوى من علي بن أبي طالب إلى ثمانين جلدة.

والسرقة حدها قطع اليد اليمنى، وللمرة الثانية قطع الرجل اليسرى، والزنى حده الرجم (أي القتل رميا بالحجارة) للزاني المحصن، والضرب مائة جلدة مع التغريب لمدة عام للزاني غير المحصن، والقذف حده الضرب ثمانين جلدة، والحرمان من أهلية الشهادة، وقطع الطريق (الحرابة) حده القتل مع الصلب، إذا كانت الجريمة القتل والسرقة، والقتل إذا كانت القتل دون السرقة، وقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى (من خلاف) إذا كانت سرقة دون قتل، والنفي إذا تمثلت الجريمة في الإرهاب فحسب دون قتل أو سرقة، وشرب الخمر حده الضرب ثمانين جلدة، والردة حدها القتل مع مصادرة مال المرتد، ثم البغي؛ وحده القتل[1].

أما جرائم القصاص فتنحصر في جرائم الدم؛ كالقتل، وبتر الأطراف، وإحداث العاهات والإصابات والجروح. وتكون العقوبات فيها من جنس الأفعال إن أمكنت المماثلة، ما لم يرد أصحاب الشأن (أولياء الدم) استبدال الدية بها أو إسقاطها.

وجرائم القصاص والدية جرائم ذات عقوبات وتعويضات مقدرة شرعا حقا للأفراد، وهي على **خمس فئات**:

(أ) جرائم القتل العمد.

(ب) جرائم القتل شبه العمد.

(ج) جرائم القتل الخطأ.

(د) الجرائم على ما دون النفس عمدا.

(ه) الجرائم على ما دون النفس خطأ.

والجرائم على ما دون النفس؛ هي التي لا يترتب عليها موت؛ وإنما يترتب عليها جراح أو عاهات، أو ألم مادي كالذي يحدثه الضرب[2].

أما أساس عقوبة القتل العمد؛ فقوله جل شانه: ﴿**يَا أَيها الذِين آمنُوا كُتِب علَيكُم الْقِصاص فِي الْقَتْلى الحر بِالحر والعبد بِالْعبدِ والْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمن عفِي له مِن أَخِيهِ**

=

[1]- عودة: مرجع سابق، ص ٦٣٥ وما بعدها.

[2]- عبد القادر عودة: مرجع سابق، ص ٧٩.

وفي شأن عظم جرائم الدماء روى مسلم والبخاري عن النبي ﷺ أنه قال: ﴿إن أول ما يقضى به بين الناس يوم القيامة في الدماء﴾. رواه الجماعة إلا أبا داود. كما قال ﷺ: ﴿من أصيب بدم أو خبل (أي جراح) فهو بالخيار بين إحدى ثلاث؛ فإن أراد الرابعة، فخذوا على يديه؛ أن يقتص، أو يعفو، أو يأخذ الدية﴾.. والرابعة التي حذر النبي ﷺ منها هي – كما يرى البعض - أن يسرف في القتل باسم الجاهلية والعصبية؛ أي أن يثأر أو ينتقم لنفسه جورا (أبو زهرة: مرجع سابق، ص ١١٠).

شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم [١٧٩] ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾[1].

وأما القتل شبه العمد؛ فهو الذي يتوسط العمد والخطأ، وفيه يكون الجاني عامدا الفعل (الجرح أو الضرب) غير قاصد القتل؛ كرجل يضرب رجلاً بخشبة، أو شخص يرمي آخر بحجر غير قاصد قتله، فيفضي الفعل إلى موته، أو كمعلم يضرب تلميذًا ليؤدبه فيموت.

ففي كل هذه الصور لا قود، وتكون الدية المغلظة فقط على الجاني أو عاقلته؛ وذلك وفق آراء أغلب الفقهاء، ومنهم أبو حنيفة والشافعي؛ كما ذهب إلى ذلك بعض الصحابة ومنهم عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري[2].

وأما عن حكم القتل الخطأ؛ فمرده إلى قوله تعالى: ﴿**وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان [illegible] عليما حكيما**﴾[3].

ومما تجدر الإشارة إليه أن استيفاء القصاص أو أخذ الدية أو التنازل عنها؛ إنما هو استيفاء للحق الخاص؛ حيث يبقى الحق العام قائما ليتصرف فيه ولي الأمر حسبما يراه ملائما لصالح المجتمع، وكذلك الحال في جرائم الخطأ؛ حيث تجب التفرقة بين الحق الخاص والحق العام.

(٨) اختلاف نظام الحدود عن نظام القصاص:

=

[1] - البقرة، (١٧٨-١٧٩).

[2] - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٦٦، ص ٣٣٣؛ عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، القاهرة ١٩٦٩، ص ١٠٣ - ١٠٦.

ويضاف إلى الدية المغلظة؛ الحرمان من الميراث، والكفارة (عامر: نفس المرجع، ص ١٠٦) وقد أورد الماوردي شرحا للدية المغلظة على النحو التالي: "وتغليظها في الذهب والفضة والورق أن يزاد عليها ثلثها، وفي الإبل أن تكون أثلاثًا، منها ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة في بطونها أولادها." (الماوردي: نفس المرجع، ص ٢٣٣).

[3] - النساء، ٩٢.

تختلف جرائم الحدود عن جرائم القصاص من زاوية العفو عن الجـاني، فبينمـا يجوز أن يعفو أولياء الدم عن الجاني في جرائم القصاص؛ فإنه لا يجوز ذلك في جـرائم الحدود؛ بل يمتنع ذلك أيضا على ولي الأمر؛ حيث لا عفو ولا شفاعة فـي حـدود ا . ولذلك قال رسول ا ﷺ: ﴿**إذا بلغت الحدود السلطان، فلعن ا الشافع والمشفع**[1]﴾.

ومن زاوية أخرى؛ فإن العقوبة لا تنفذ في جرائم القصاص إلا إذا طلبها وتمسك بها المجني عليه أو أولياء دمه، بينما يجب تنفيذ عقوبات الحدود بعد ثبوت الجـرم فيهـا دون توقف على إرادة أحد، صيانة للمصالح العامة.

ومع ذلك فمن المقررات الشرعية أيـضا قاعـدة "درء الحـدود بالـشبهات"[2]، ومقتضى هذه القاعدة عدم جواز توقيع عقوبات الحدود، إلا إذا تم إثباتها بأدلـة قاطعـة. وهنا تجدر الإشارة إلى أنه وإن ترتب على درء الحد بالشبهة وجوب الحكم ببراءة المتهم من جريمة الحد؛ إلا أن ذلك لا يمنع القاضي الإسلامي من أن يوقـع عقوبـة تعزيريـة ملائمة، إذا وجد مبررا لذلك.

ومن الجدير بالذكر هنا أيضا أن مبدأ "تفسير الشك لمصلحة المتهم" المعمول بـه في مجال الإثبات الجنائي في ظل التشريعات الجنائية الوضعية؛ ما هو إلا صورة مماثلة لمبدأ "درء الحدود بالشبهات"، الذي قررته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنًا.

(٩) تميز النظام الجنائي الإسلامي بنظام التعزير:

إن نظام التعزيز الإسلامي هو ذلك النظام المرن للتجريم والعقاب؛ حيث تمـنح الشريعة الإسلامية ولي الأمر سلطة موسعة للتجريم والعقاب خـارج الإطـار المحـدد والمشتمل على العدد القليل من جرائم الحدود وجرائم القصاص.

=

1- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٧٠. وفي الموطأ: ﴿إذا بلغت الحـدود الـسلطان، فلعـن ا الـشافع والمشفوع له﴾. وعن ابن عمر مرفوعا: "من حالت شفاعته دون حد من حدود ا ، فقد ضـاد ا فـي أمره".(مجموعة الحديث: مطابع الحكومة، الرياض، ١٣٦٩هـ - ١٩٦٩ م، ص ٢٦٦).

2- يرى البعض أن قاعدة "درء الحدود بالشبهات" قاعدة فقهية لا نصية، خلافًا لما يذهب إليـه الـرأي السائد في المدونات الفقهية الإسلامية وفي البحوث الحديثة، وسندهم في ذلك أنه إذا كانـت النـصوص المروية في إثبات هذه القاعدة غير ثابتة السند؛ فإنه لا يصح أن تنسب إلى الرسول ﷺ؛ فهي قاعدة فقهية لذهاب جمهور العلماء إلى الأخذ بها، وجعلهم إياها جزءا لا ينفصل عن نظام الإثبات الجنائي.

(محمد العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٨٧، ٨٨).

والتعزير لغة يعني الردع والمنع؛ فيقال عزر فلان أخاه؛ أي نصره لأنـه منـع عدوه من أن يؤذيه، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**وتُعزروه وتُـوقروه**[1]﴾. ويقـال: عزرتـه بمعنى وقرته أو أدبته؛ لأنه امتنع بالتعزيز عما هو دنيء، وذلك يحصل له الوقار. وقـد سميت العقوبة تعزيرا لأن من شأنها منع الجاني ورده عن ارتكاب الجرائم، أو العودة إلى اقترافها[2].

وفي الاصطلاح يقال الجرائم التعزيرية؛ أي الجرائم التي يعاقب عنها بتعزيرات شرعية، أو كما تسمى "عقوبات تعزيرية"؛ وهي الجرائم التي لم يحدد الشارع لها عقابـا معينًا، بل ترك أمر تحديدها، وتحديد العقوبات الملائمة لها لولي الأمر، وفقًا لمـا يـراه ملائما لظروف المجتمع وأحواله، وفي الإطار الشرعي المرسوم.

ويرجع نظام التعزير إلى السوابق التشريعية النبوية، والتي صدرت في مناسبات قضائية. وعليه تكون السنة هي الأصل التشريعي لهذا النظام[3].

وسلطة ولي الأمر في هذا النظام – وإن كانت موسعة على خلاف سـلطته فـي مجال جرائم الحدود والقصاص - ليست مطلقة؛ حيث يتقيد بالإطار الشرعي المرسـوم له، على أساس من السوابق التشريعية القضائية. وتفيد هذه السوابق أن التعزيز من زاوية التجريم يتناول جميع الأفعال التي نهى الشارع عنها، أو أمـر باتباعهـا، أو كمـا قـال البعض[4]: "إن التعزيز يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات". ويـضرب الفقهـاء أمثلة على ذلك: سرقة ما لا قطع فيه لعدم الحرز، أو لكونه دون النصاب، وبعض جرائم الدم التي لا قصاص فيها، والقذف بغير الزنى، والاستمتاع الذي لا يوجب الحد، واللواط، والتدليس والغش في المعاملات، والشهادة الزور، وكتمان الحق.... إلخ[5].

وتقسم جرائم التعزير تقسيمات متباينة؛ فالبعض[6] يقسمها إلى جـرائم الاعتـداء على النفس وما دونها، وجرائم الاعتداء على العرض، وجرائم الاعتـداء علـى المـال، وجرائم الاعتداء على آحاد الناس، والجرائم المضرة بالمصلحة العامة، وجميعها خـارج

=

1- سورة الفتح، ٩.

2- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجـزء الـسادس، مراجعـة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الرياض (بدون تاريخ)، ص ١٢١؛ عبد العزيز عامر: مرجـع سابق، ص ٥٢.

3- عامر: مرجع سابق، ص ٤٨٢، ٥٣٥؛ علي راشد: المدخل، ص ٧٨.

4- البهوتى: مرجع سابق، ص ١٢١، ١٢٥.

5 - نفس المرجع والصفحة.

6- عامر: نفس المرجع، ص ٩١ وما بعدها.

إطار جرائم الحدود والقصاص. ويقسمها البعض الآخر[1] إلى جرائم من نـوع الإجـرام التقليدي؛ كجرائم القتل والإصابات المتعمدة خارج حدود القصاص، وجرائم مـن نـوع التجريم التنظيمي والوقائي؛ كالجرائم التي تصدرها السلطة التشريعية (التنظيمية) لحماية السياسات المرسومة، والأوضاع المختلفة للمجتمع، من إداريـة وسياسـية واقتـصادية وعمرانية وصحية..... إلخ. كما يقسمها رأي ثالث[2] إلى **أقسام ثلاثة هي**:

١- جرائم التعزير على المعاصي (أي على ارتكاب المحرمات وترك الواجبات[3].

٢- التعزير للمصلحة العامة.

٣- التعزير على المخالفات.

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة – كما أشار صاحب هذا الرأي - أن الفعل فـي القسم الأول يكون محرما دائما، ويعتبر معصية، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرما إلا إذا توافر فيه وصف معين؛ لأن الفعل في ذاته ليس معصية، أما في القـسم الثالـث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيا عنه، ولكن إتيانه يعتبر مخالفة؛ حيث يتمثل فـي فعـل مكروه أو ترك مندوب[4].

ولنا عودة إلى تفصيل ذلك مرة أخرى عند الكلام على مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي بعد قليل.

هذا ويستوعب نظام التعزير الإسلامي الأخذ بمختلف الاتجاهات الجنائية المعاصرة، من أجل منح القاضي سلطة تقديرية موسعة، ومن أجل توقيع الجزاءات الجنائية المانعة من العودة إلى الجريمة مرة أخرى.

=

1- علي راشد: المدخل، ص ٨٢ وما بعدها.

2- عودة: مرجع سابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

3- أجمع الفقهاء على أن ترك الواجب أو فعل المحرم معصية فيها التعزير، إذا لم تكن هنـاك عقوبـة مقدرة (عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقـه، القـاهرة، ١٩٥٤، ص ١١٦ ومـا بعـدها، ص ١٢٥ وما بعدها، نقلاً عن: عامر، مرجع سابق، ص ٨٤، هامش١).

4- اختلاف الفقهاء على جواز التعزير على فعل مكروه، أو ترك مندوب، وأساس اختلافهم يرجـع إلـى تباين آرائهم في تعريف المكروه والمندوب؛ فالفريق الذي يرى عدم جواز التعزير هنا يعرف المكـروه بأنه نهي بتخيير في الفعل، والمندوب بأنه أمر بتخيير في الفعل، أو أن المكروه ليس نهيـا، والمنـدوب ليس أمرا. أما الفريق الآخر القائل بجواز التعزير هنا؛ فيرى أن المنـدوب أمـر لا تخييـر فيـه، وأن المكروه نهي لا تخيير فيه، ويحتج بعض القائلين بالعقاب هنا بفعل عمر ﵁؛ حيث مر علـى شـخص أضجع شاه يذبحها، وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال له: "هلا حددتها أولاً؟". (البهـوتى: كـشاف القناع، جـ٣، ص؛ عودة: جـ١، ص ١٥٥).

ولقد طبقت المملكة العربية السعودية النظام الجنائي الإسلامي بأبعاده الموضحة فيما سبق تطبيقًا كاملاً، سواء بالنسبة لجرائم الحدود أو القصاص، أو بالنسبة للجرائم التعزيرية. وتتولى الفصل في جرائم الحدود والقصاص والديات؛ المحاكم الشرعية ذات الاختصاص القضائي الأصيل، وفقًا لكتاب ا وسنة رسوله والإجماع. أما بالنسبة للجرائم التعزيرية؛ فقد لجأت تبعا لمقتضيات التطور إلى إصدار عدد من الأنظمة التعزيرية[1]، التي تغطي بعض الجرائم الهامة، التي تمثل مساسا خطيرا بمصالح المجتمع، خارج نطاق الحدود والقصاص. وقد حددت هذه الأنظمة التي تتولى الفصل في كل جريمة على حدة. وتعتبر هذه الجهات – في نظرنا - أجهزة شبه قضائية؛ حيث تشكل وتعمل في إطار إداري قضائي، وتتسم بطابع مختلط يجمع بين هذين الوصفين. أما الأفعال الأخرى التي لم تتناولها الأنظمة التعزيرية الصادرة من السلطة التشريعية (التنظيمية) في المملكة؛ فإن الاختصاص بشأنها – إذا وصلت إلى حد المساس بالمصالح الحيوية للمجتمع – يكون للمحاكم الشرعية، صاحبة الاختصاص الأصيل.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المملكة العربية السعودية، تأخذ في مجال إصدار الأحكام بالمفتى به على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نظرا لسهولة مراجعة كتبه، وعناية المؤلفين على مذهبه بذكر الأدلة؛ وذلك كما ورد بقرار لهيئة المراقبة القضائية بالمملكة عام ١٣٤٧ هـ[2].

=

[1]- من هذه الأنظمة نظام مكافحة الرشوة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٥، وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ هـ، ونظام مكافحة التزوير، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤، وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ هـ، والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥٣، وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ، ونظام الجمارك (ويضم جرائم التهريب الجمركي)، الصادر بالموافقة العالية رقم ٤٢٥، وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥ هـ، ونظام الأوراق التجارية (ويضم جرائم الشيكات)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧، وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ.

[2]- الموافق سنة ١٩٢٨ ميلادية، والموافق عليه من جلالة الملك عبد العزيز آل سعود، بتحديد المصادر التي يرجع إليها القضاة عند الفصل في القضايا التي تعرض عليهم (وأهم هذه المراجع: أ- شرح المنتهى. ب- شرح الإقناع)، وأن ما اتفقا عليه أو انفرد أحدهما به هو الذي يتبع دون غيره، وأما ما يختلفان فيه فيكون العمل بما ورد في المنتهى.

ومن أهم الكتب الفقهية المعتمدة حاليا:

الإقناع للشيخ موسى الحجاوي، الشرح الكبير للشيخ عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة، ثم شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور البهوتي (فؤاد حمزة: البلاد العربية السعودية، الرياض، ١٩٦٨، ص ١٩٧).

٩- الأخذ بأسباب الوقاية من الجرائم:

فالشريعة الإسلامية لم تهتم في مواجهة الجريمة بالعقوبات والتدابير الملائمة بعد وقوعها فقط؛ بل أولت المجتمع العناية اللازمة من أجل منع وقوع الجرائم أصلاً، وفي سبيل ذلك كان الاهتمام بالغًا **بأمور ثلاثة هي**[1]:

أولاً - تكوين رأي عام مهذب:

وذلك بالدعوة إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ للتعاون على تحقيق الخير للمجتمع. وفي ذلك يقول الحق جل شأنه: ﴿**ولتكن منكم أمةٌ يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون**[2]﴾، كما قال جل وعلا: ﴿**كنتم خير أمةٍ أخرجتْ للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون با ـ**[3]﴾. بيد أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يكون إلا بالأساليب المرنة التي تتفق مع الطبيعة الإنسانية؛ ولذا قال تعالى: ﴿**ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن**[٤]﴾.

ولقد جاء في بيعة العقبة – وهي حدث تاريخي هام في الإسلام - النص على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ حيث جاء فيها: "فقلنا يا رسول ا ، علام نبايعك؟" فقال: ﴿**على السمع والطاعة.. وعلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر**[5]﴾.

ويرى البعض[٦] أن من أهم جوانب الأمر بالمعروف "تكوين عقيدة راسخة لدى الناس بأن ا تعالى أعد الجزاء بالجنة أو النار، وعذاب البرزخ أو نعيمه، وغضب الرب أو رضائه؛ مما يترتب عليه السعادة أو الشقاوة. والأمر بالمعروف يقيم الأدلة والبراهين في تكوين هذه العقيدة؛ فإذا سولت النفس وتمنت ارتكاب الجريمة؛ انبعث الزاجر الوجداني فوقف سدا منيعا عن الإقدام عليها....".

وقد أشار قرار هيئة المراقبة القضائية – المشار إليه آنفًا - إلى إمكان الرجوع إلى المذاهب الأخرى، إذا رأت المحاكم أن تطبيق المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل يؤدي إلى مشقة، أو فيه مخالفة واضحة للصالح العام (المادة الثانية - فقرة ب من القرار المذكور).

1- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ١٧، ١٨.

2- آل عمران، ١٠٤.

3- آل عمران، ١١٠.

4- النحل، ١٢٥.

5- ناصر بن حمد الراشد: أثر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مكافحة الجريمة، الندوة العلمية لدراسة تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، الرياض ١٣٩٦ هـ، ص ١٨٣ - ١٨٤.

6- نفس المرجع، ونفس الصفحة.

وتكوين رأي عام مهذب يقتضي صيانة المجتمع دائما من مصادر الفساد، والحيلولة دون تهيئة المناخ الملائم للجريمة، ولن يتحقق ذلك إلا بتوفير مظاهر المجتمع الإسلامي الذي يقوم على مقومات عديدة أهمها:

أ- تطبيق شرع ا تطبيقًا مطلقًا:

فكل ما يتصل بأمور المسلمين من ناحية العقيدة أو الأخلاق أو التشريع؛ نجد أن الإسلام قد قاد العقل بشأنه، ورسم له طريق السير، وسهل له سبيل الاهتداء، وأتى له بما يفهمه ويتقبله[1] ولقد كان الإسلام صارما كل الصرامة فيما يتعلق بوجوب تحكيم شرع ا في أمور البشر؛ حيث قال جل شأنه: ﴿**ومن لم يحكم بما أنزل ا ُ فأولئك هم الكافرون**[2]﴾، كما قال جل شأنه: ﴿**ومن لم يحكم بما أنزل ا ُ فأولئك هم الظالمون**[3]﴾، وقال تعالى: ﴿**ومن لم يحكم بما أنزل ا ُ فأولئك هم الفاسقون**[4]﴾.

ولا يكفي أن تطبق السلطة الحاكمة جانبا من التشريع الإسلامي وتطرح جانبا آخر؛ لأن التشريع الإسلامي كل لا يتجزأ. كما لا يكفي أن يذكر دستور الدولة أن "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"؛ ففي ذلك تضليل حيث تختلف كلمة "مصدر" عن كلمة "المصدر" من ناحية الدلالة اللغوية؛ فتفيد الأولى بورودها مع كلمة رئيسي (أي مصدر رئيسي)؛ معنى أن الشريعة مصدر ضمن عدة مصادر للتشريع، شأنها شأن المصادر الأخرى، بينما تفيد كلمة "المصدر" إذا ما وردت مع كلمة الرئيسي (أي المصدر الرئيسي)؛ معنى أن الشريعة هي المصدر الرئيسي الأوحد. ومع ذلك فإن كلمة "أساسي" أكثر دلالة على المعنى المقصود؛ حيث تفيد معنى جعل الشريعة هي الدستور الأعلى للمجتمع؛ فيقال: "الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع".

والشريعة الإسلامية لم تدع شأنًا من شئون الفرد والجماعة إلا أنارت فيه السبيل، وأوضحت النهج، وكشفت عما فيه من صلاح وفساد وخير وشر؛ فكانت لذلك خاتمة الشرائع وأبقاها على الدهر، وأصلحها لكل أمة ولكل زمان[5]. ولقد قررت أسمى المبادئ وأعدل النظم في مختلف مجالات المجتمع؛ ومنها مجال التجريم والعقاب. وكيف لا تكون أرقى المبادئ وأعدل النظم؛ وهي من صنع ا ، الذي يعلم طبيعة البشر، ويعلم

=

1- علي منصور: مرجع سابق، التقديم للدكتور عبد الحليم محمود.

2- سورة المائدة، آية ٤٤.

3- سورة المائدة، آية ٤٥.

4- سورة المائدة، آية ٤٧.

5- علي منصور: مرجع سابق، التقديم للشيخ حسنين مخلوف.

خائنة الأعين وما تخفي الصدور. وهي: ﴿**صِبغَةَ ا ـ ومن أَحسن مِن ا ـ صِبغَةً ونَحن له عابِدون**[1]﴾، كما قال جل شأنه: ﴿**ما فَرطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيءٍ**[2]﴾.

ب- حماية المجتمع من مظاهر الفساد:

فالمجتمع الذي يسمح بدور اللهو، وإقامة الأماكن التي تمارس فيها أفعـال باسـم الترفيه عن الناس؛ ومنها السماح بإنشاء صالات القمار، وفرض ضرائب عليها، واعتبار مثل هذه الضرائب من الإيرادات الهامة للدولة، وغير ذلك من المظاهر التي تعـج بهـا بعض المجتمعات التي تدين بالإسلام، وتـنص دسـاتيرها علـى أن "مبـادئ الـشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". إن السماح بإقامة محال للهو والسباحة المختلطـة، وتعاطي الخمور.. إلخ؛ كل ذلك من شأنه أن يفتح باب المفسدة، التي تسمح للأفراد بإتيان مقدمات بعض الجرائم؛ كمقدمات الزنى، ومختلف الجـرائم الأخـرى؛ فكيـف تـسمح السلطات بذلك وتحت أعينها، وتطلب علاجا للجرائم ووقاية منها؟ إنه طلب غير عـادي بل غير منطقي.

ومن العجيب أن يضم تشريع جنائي في بلد إسلامي نصوصا لا تجرم الزنـى إلا في حالات وبقيود معينة، بأسلوب يتضمن إخراج صور وحـالات عديـدة مـن نطـاق التجريم، على الرغم من وقوعها تحت طائلة العقاب في الشريعة الإسلامية؛ فكيف توجد مثل هذه الفرص للنفس البشرية الأمارة بالسوء، دون أن يعاني المجتمـع مـن آثارهـا الضارة؟

جـ - صيانة كرامة الإنسان:

إن المجتمع الإسلامي الذي يريد أن يحكم شرع ا تحكيما مطلقًا؛ لا يمكـن أن يوجد إلا إذا كفلت السلطات القائمة عليه لأفراده حياة كريمة، يتـوفر فيهـا للفـرد كـل ما يكفل سد حاجاته الضرورية وحاجات أسرته.

وإن صيانة كرامة الإنسان في المجتمع المسلم إنمـا تتطلـب صـيانة الحقـوق والحريات الفردية، وتوفير الضمانات اللازمة لعدم المساس بها مـن جانـب الـسلطات المختصة في الدولة.

ثانيا- الدعوة إلى فضيلة الحياء وتربيتها في النفوس[3]**:**

=

1- البقرة، آية ١٣٨.

2- الأنعام، آية ٣٨.

3- أبو زهرة: جـ ١، ص ١٧.

الحياء كله خير، وإيقاظه في النفس المريضة بالإجرام من شأنه أن يحـول دون الإقدام على الجريمة. وفي الحياء قال رسول ا ﷺ: "لكل دين خلـق، وخلـق الإسـلام الحياء"[1]. وقال ﷺ: "الحياء لا يأتي إلاّ بخير"[2].

وإن غرس الحياء في نفوس أفراد المجتمـع يـرتبط ارتباطـاً وثيقـاً بالتربيـة الإسلامية، التي تهدف إلى تربية النشء على تزكية الوازع وتنقية الضمير؛ فهي تربيـة للأجيال على محاسن وأخلاق الإسلام التي وردت في كتاب ا وسنة رسوله.

والتربية الإسلامية لا يكفي أن تقوم بها الأسرة؛ بل يجب أن تتكاتف جميع أجهزة المجتمع في سبيل إثراء الأجيال بعناصرها، بما في ذلك المدرسـة والمعهـد والجامعـة وأجهزة الثقافة والإعلام؛ فكلها مسئولة عن تكوين المجتمع الفاضل المؤسس على التربية الدينية، ذلك المجتمع الذي ينبغي أن يقوم على أسس متينة من المحبة، والطهر، والعفـة عن حقوق الناس وأعراضهم، والتضامن، والتعاون على الخير، والعطف على الـصغير، وتوقير الكبير.. إلخ.

وحيث يفقد الحياء في المجتمع؛ تجد الجرائم لها المنفذ، وا سبحانه وتعـالى لا ينزع الحياء من إنسان إلا إذا اختار هذا الإنسان سبيل الشر وآثره على سبيل الخير؛ فقد قال جل شأنه: ﴿**ونَفْسٍ وما سواها [٨] فَألْهمها فُجورها وتَقْواها [٩] قَد أَفْلَح من زكاها [١٠] وقَد خَاب من دساها**[3]﴾.

وقد أوضح رسول ا ﷺ حال الإنسان عندما ينزع منه الحياء فقال: ﴿**إن ا إذا أراد أن يهلك عبدا نزع منه الحياء، فلم تلقه إلا مقيتًا ممقتًا، فإذا لم تلقه إلا مقيتًا ممقتًا نزعت منه الأمانة، فإذا نزعت منه الأمانة لم تلقه إلا خائنًا مخونًا، فإذا لم تلقه إلا خائنًا مخونًا نزعت منه الرحمة، فإذا نزعت منه الرحمة لم تلقه إلا رجيما ملعنًا، فإذا لم تلقه إلا رجيما ملعنًا نزعت منه ربقة الإسلام**[4]﴾.

كما قال ﷺ في شأن من لا يعرف الحياء: ﴿**إذا لم تستح فاصنع ما شئت**[5]﴾.

=

1- رواه مالك مرسلاً، ورواه ابن ماجه والبيهقي في شعب الإيمان عن أنس وابن عباس.

2- رواه البخاري.

3- سورة الشمس، الآيات من ٧ إلى ١٠.

4- أبو زهرة، جـ ١، ص ١٧.

5- رواه البخاري.

ثالثًا- عدم إعلان الجرائم[1]:

إن عدم إعلان الجرائم من شأنه أن يحفظ للمجتمع نقاءه وصفاءه، ويجعل مقترف الذنب ينزوي بعيدا عن أعين الناس، فيشعر بأن هناك ازدراء له من المجتمع، وقد يكون ذلك سبيلاً إلى تهذيبه وإصلاحه وإيقاظ ضميره.

ولقد اعتبر الإسلام الجريمة المعلنة جريمتين؛ الأولى جريمة الاقتراف، والثانية جريمة الإعلان؛ ولذا قال رسول ا ﷺ: ﴿**أيها من الناس من ارتكب شيئًا من هذه القاذورات فاستتر فهو في ستر ا ، ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد**[2]﴾، كما قال: ﴿**إن من أبعد الناس منازل عند ا يوم القيامة المجاهرين، قيل: ومن هم يا رسول ا ؟ قال: ذلك الذي يعمل بالليل، وقد ستره ا ، فيصبح يقول فعلت كذا وكذا، يكشف ستر ا تعالى**﴾.

ثم إن ا قد أنذر الذين يعلنون الجرائم لقوله جل شأنه: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ**[3]﴾.

وعلى ذلك فإن نشر أخبار الجرائم فور وقوعها في الصحف، ورسم أبعاد صحفية لها لمجرد الإثارة، وبعيدا عن الواقع في أغلب الأحيان؛ كل ذلك من شأنه تعكير صفو المجتمع، والمساس بحيائه وأمنه؛ ولذا فإن من صالح المجتمع الإسلامي عدم الإعلان عن الجرائم فور ارتكابها، إلى أن تتمكن السلطات من القبض على الجاني، والسيطرة على الأدلة، وإصدار الحكم العادل عليه. وعندئذ فقط يجب إعلان الحكم بالجزاء الجنائي الشرعي، ليكون رادعا للجاني، وزاجرا مانعا لغيره ممن تسول لهم أنفسهم التفكير في الجريمة على أي نحو كانت.

هذه هي العناصر الثلاثة الهامة التي عني بها الإسلام من أجل مكافحة الجريمة والوقاية منها قبل وقوعها. رأي عام مهذب، تزينه فضيلة الحياء، في مجتمع لا يعلن جرائمه ويبالغ في نشرها، وإنما يعلن فقط أحكامه الرادعة على مقترفيها لردعهم وزجر غيرهم.

=

[1]- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ١٨.

[2]- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص ٢٥٢.

[3]- النور، ١٩.

(١٠) اشتمال النظام الجنائي الإسلامي على أحدث المبادئ الجنائية:

إن النظام الجنائي الإسلامي، الذي جاء به الإسلام منذ أربعة عشر قرنًا، يـشتمل على ما يطلق عليه في العصر الحديث أرقى المبادئ والنظريات الجنائية، التي يفتخر بها في المحافل الدولية في المجالات الجنائية الفقهية والقضائية والتشريعية.

ومن هذه المبادئ والنظريات ما يتعلق بمبدأ الشرعية، وتحديد النطاق الزمـاني والمكاني لسريان النصوص الجنائية، وأحكام سريانها على الأشخاص، والـشروع فـي الجريمة، والمساهمة الجنائية، ونظرية القصد، ونظريـة الخطـأ، ونظريـة المـسئولية الجنائية.. إلخ.

فكل ذلك له أصوله في الفقه الإسلامي، المستند إلى كتـاب ا ، وسـنة رسـوله الأمين والإجماع، وكل ما نحتاجه هو أن نصوغ هذه الأصول صياغة فنية جديدة محكمة، وأن نضعها في قوالب فقهية وتشريعية حديثة، دون المساس بجوهرها؛ لكي تتلاءم مـع الحياة الحديثة في المجتمعات الإسلامية.

وعلى سبيل المثال؛ فإن "قاعدة درء الحدود بالشبهات" تمثل أساسا لقاعدة "تفسير الشك لمصلحة المتهم"، وحديث: ﴿**أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحـدود**[1]﴾، يمثـل أساسا للاتجاهات الحديثة التي تنادي بوجوب العناية بشخصية الجاني وظروفه، وتحديـد الجزاء الملائم، وقول ا تعالى: ﴿**وما كُنا معذبين حتى نَبعثَ رسولاً**[2]﴾ يعد أساس مبدأ الشرعية الجنائية، وقاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية بحسب الأصـل. وقولـه ﷻ: ﴿**ألا تَزِر وازرةٌ وزر أُخْرى، وأن ليس للإنْسان إلا ما سعى**[3]﴾ أسـاس مبـدأ شخـصية العقوبة أو المسئولية الجنائية الشخصية، المؤسسة على حرية الاختيار.. إلى غير ذلك من النصوص الواردة في الكتاب والسنة، والتي تمثل أصولاً لمختلف المبـادئ والنظريـات السائدة في مجال الفقه الجنائي الحديث.

وإلى هنا نكون قد أوضحنا أهم مميزات النظام الجنائي الإسلامي، التـي تكفـل الحفاظ على أمن المجتمع الإسلامي، وتحقق العدالة المطلقة إذا أحسن تطبيقها؛ لأنها مـن عند ا ، الذي يعلم طبيعة البشر، ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور.

=

[1] - في سنن أبي داود عن عائشة رضي ا عنها.

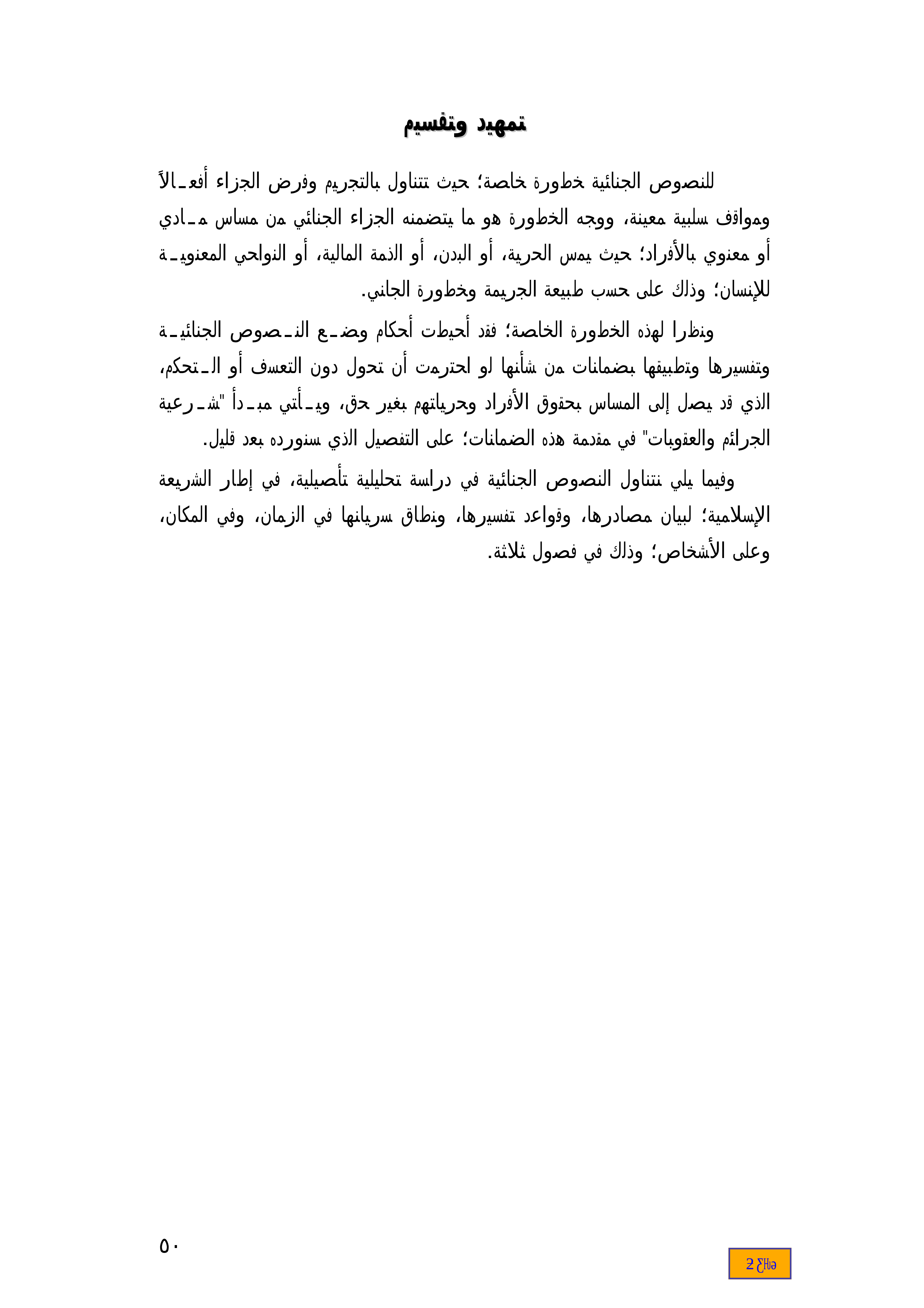
[2] - الإسراء، ١٥.

[3] - سورة النجم، الآيتان ٣٨، و٣٩.

الباب الثاني

النصوص الجنائية

(مصادرها – تفسيرها - نطاق سريانها)



تمهيد وتقسيم

للنصوص الجنائية خطورة خاصة؛ حيث تتناول بالتجريم وفرض الجزاء أفعالاً ومواقف سلبية معينة، ووجه الخطورة هو ما يتضمنه الجزاء الجنائي من مساس مادي أو معنوي بالأفراد؛ حيث يمس الحرية، أو البدن، أو الذمة المالية، أو النواحي المعنوية للإنسان؛ وذلك على حسب طبيعة الجريمة وخطورة الجاني.

ونظرا لهذه الخطورة الخاصة؛ فقد أحيطت أحكام وضع النصوص الجنائية وتفسيرها وتطبيقها بضمانات من شأنها لو احترمت أن تحول دون التعسف أو التحكم، الذي قد يصل إلى المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم بغير حق، ويأتي مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" في مقدمة هذه الضمانات؛ على التفصيل الذي سنورده بعد قليل.

وفيما يلي نتناول النصوص الجنائية في دراسة تحليلية تأصيلية، في إطار الشريعة الإسلامية؛ لبيان مصادرها، وقواعد تفسيرها، ونطاق سريانها في الزمان، وفي المكان، وعلى الأشخاص؛ وذلك في فصول ثلاثة.

الفصل الأول

مصادر النصوص الجنائية

تمهيد:

المصدر هو الوعاء الذي تُستقى منه أحكام النصوص التشريعية الجنائية؛ فالنص يقرر قاعدة قانونية جنائية أو أكثر، والقاعدة الواحدة التامة تتضمن فرضـا يتمثـل فـي عنصر التكليف بسلوك معين، وحكما يتمثل في عنصر الجزاء الجنائي.

والقرآن هو المصدر الأول والأساسي لأحكام النـصوص الجنائيـة الإسـلامية، والأصل الذي تفرع عنه كل ما ورد في السنة النبوية، التي هي المـصدر الثـاني لهـذه الأحكام؛ حيث تلي القرآن في المرتبة.

ومن المصادر الإسلامية الأخرى للتشريع الجنائي الإسلامي: الإجماع، والقياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستصحاب، والعرف، علـى خـلاف بين الفقهاء في التفاصيل.

فالسنة تشريع واجب الاتباع بنص القرآن؛ فا تعالى يقـول: ﴿**يَا أَيهـا الـذِين آمنُوا أَطِيعوا ا وأَطِيعوا الرسولَ وأُولِي الأمر مِنْكُم فَإِن تَنَازعتُم فِي شَيءٍ فَردوه إِلَـى ا والرسول**﴾[١].

والسنة من الناحية التشريعية[٢] إما أن تأتي مقررة لحكم جاء به القرآن؛ فيكـون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا؛ كتحريم القتـل بغيـر حـق[3]، وشـهادة الـزور[4]،

=

1- النساء، ٥٩.

2 - عودة: مرجع سابق، جـ١، ص ١٧٤.

3- عن عبد ا بن مسعود رضي ا عنه، قال رسول ا ﷺ: ﴿لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إلـه إلا ا ، وأني رسول ا ، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بـالنفس، والتـارك لدينـه المفـارق للجماعة﴾.. رواه الجماعة.

4- عن ابن عمر (رضي ا عنهما) مرفوعا: ﴿إن الطير لتخفق بأجنحتها، وترمي ما في حواصلها من هول يوم القيامة، وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعدا من النار﴾. وقال رسول ا ﷺ: ﴿ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الإشراك با ، وعقوق الوالدين، ألا وقول الزور، ألا وشهادة الزور..﴾.. فمـا زال يكررها حتى قال القوم ليته سكت. رواه البخاري ومسلم والترمذي من حديث أبي بكر. شمس الـدين أبو عبد ا الذهبي: كتاب الكبائر مرجع سابق، ص ٨٧.

والسرقة[1]، وغير ذلك من الأوامر والنواهي، التي جاء بها القرآن والسنة؛ وإما أن تكون منشئة للحكم كتحديد حد الشرب بأربعين جلدة، وبيان ميراث الجدة، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.

أما عن المصادر الشرعية الأخرى، فلا غناء عنها للاجتهاد الفقهي، الذي يمد ولي الأمر بثروة فكرية إسلامية، تعينه على تشريع الأحكام في الإطار الشرعي المسموح به.

مبدأ الشرعية الجنائية:• مضمونه ومبرراته:

مبدأ الشرعية من المبادئ المستقرة في دول العالم، وتنص عليه غالبية دساتير العالم[2] بصياغات متباينة، تدور جميعها حول مضمون واحد هو: ألا تجريم ولا جزاء جنائيا إلا استنادا إلى نص تشريعي؛ فما المقصود بهذا النص التشريعي؟.

يقصد بالنص هنا النص القانوني الذي يصدر من السلطة التشريعية[3] أساسا؛ فهي التي تملك سلطة التشريع، تبعا لمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة، ذلك المبدأ الذي يهدف إلى تحقيق ضمانات فردية عديدة إلى جانب المصلحة العامة، من وراء عدم تدخل إحدى السلطات الثلاث[4] في الدولة في شئون وأعمال سلطة أخرى، وبناء على ذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية أو الإدارية أن تقبض على إنسان أو تحبسه، إلا إذا كان سلوكه مجرما بنص القانون (أو النظام)، كما لا يحق للسلطة القضائية أن تحكم على إنسان بجزاء جنائي ما، إلا إذا نص على الجزاء. وحيث لا نص؛ فإنه يتعين الحكم بالبراءة، ولو كان السلوك مستهجنًا إلى حد ما من الناحية الاجتماعية[5].

=

1- عن عائشة رضي ا عنها إنها سمعت رسول ا ﷺ يقول «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا».. رواه الجماعة.

• Merle Vitu: op. cit., p. 103 et suiv.

2- ومنها دساتير غالبية الدول العربية. انظر المواد: ٦٦ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م، و٢٠ من الدستور العراقي لسنة ١٩٦٤، و٣٢ من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢م، و١٧ من الدستور الليبي لسنة ١٩٥١م، و١٠ من الدستور السوري لسنة ١٩٥٠م، و٨ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م، وغيرها من الدساتير العربية، التي تؤكد جميعها ألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون.

3- يطلق على "السلطة التشريعية" بالمملكة العربية السعودية "السلطة التنظيمية"، ويسمى ما تصدره من تشريعات: "أنظمة"، وتصدر هذه الأنظمة بمراسيم ملكية بناء على قرارات من مجلس الوزراء.

4- التشريعية (أو التنظيمية)، والقضائية والتنفيذية (أو الإدارية).

5- في المسألة تفصيل؛ حيث يجوز التعزير للمصلحة العامة بغير جرم معين كما سنرى بعد قليل، تحت عنوان: "مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي".

ويمثل هذا المبدأ ضمانة هامة من ضمانات الحقوق والحريات الفردية؛ حيث تقتضي عدم مساءلة أي إنسان عن أي سلوك إيجابي أو سلبي مجرم، إلا إذا أعلن به سلفًا، وعرف ما تقرر له من جزاء.

فإصدار النصوص الجنائية هو – بحسب الأصل - مـن اختـصاص الـسلطة التنظيمية (التشريعية)، ولا يجوز ترك هذه المهمة للسلطة الإدارية أو التنفيذيـة؛ لأنهـا تملك سلطات القهر والإجبار المادي؛ الأمر الذي يخشى معه تحكمهـا، وافتئاتهـا علـى الحقوق والحريات الفردية، لو ترك لها سلطان التجريم. والنتيجة المنطقية لذلك أن الوعاء الذي يستقى منه حكم القاعدة القانونية لا يمكن إلا أن يكون القانون (النظام) الصادر مـن السلطة التشريعية (التنظيمية)؛ وذلك بحسب الأصل، وهو ما يعبر عنه بقاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون"[1].

ومع ذلك فإنه استثناء من هذا الأصل؛ يجوز للسلطة التـشريعية (التنظيميـة) أن تمنح السلطة التنفيذية تفويضا تشريعيا جنائيا لإصدار بعض القواعد الجنائية؛ وذلك فـي أضيق نطاق. والنص القانوني الذي يتضمن هذا التفويض التـشريعي يتعـين أن يكـون صريحا في منح السلطة التنفيذية هذا التفويض، كما ينبغي أن يطبق عليه ما يطبق علـى النصوص الاستثنائية من قيود؛ وذلك بتفسيره تفسيرا ضيقًا، مع عدم جواز القياس عليه. ومن هنا صيغت القاعدة أحيانًا بعبارة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

فالمصدر الأول إذن هو النص التشريعي من القانون (أو النظام)، أو من اللائحة (بناء على تفويض تشريعي صريح)، وفي هذه الحالة يكون النص التشريعي هو المصدر المباشر للقاعدة الجنائية، وهذا النص التشريعي يستند دوما إلى نص أو دليل في الـشرع الإسلامي؛ كما سنرى عند الكلام على مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

أما العرف والعادة وقواعد العدالة، وما إلى ذلك مما قد يلجأ إليه القاضي المـدني عندما لا يجد النص التشريعي الذي يستند إليه في الفصل في النزاع المعـروض عليـه؛ فإنها جميعا لا تصلح مصادر مباشرة للتجريم والعقاب؛ بل لا تصلح كذلك كمصادر غير مباشرة إلا في نطاق محدود خارج نطاق التجريم والعقاب[2]؛ كما في حـالات الإباحـة وتخفيف الجزاء الجنائي، عندما ينعدم النص الجنائي.

=

[1]- رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ١٨٩.

[2]- يرى البعض أن القانون الأجنبي قد يكون مصدرا غير مباشر للقاعدة الجنائية، كلما توقف تطبيقهـا على الرجوع إليه. ومن هذا القبيل تلك الحالة التي نصت عليها المادة الثالثـة مـن قـانون العقوبـات المصري، وفيها يلزم لعقاب المصري على جريمة ارتكبها في الخارج؛ أن تكون هذه الجريمـة معاقبـا

مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي:

عرف الفقه الإسلامي هذا المبدأ بشقيه (شرعية الجرائم، وشـرعية العقوبـات)؛ حيث لا توجد جريمة أو عقوبة إلا وهناك نص أو دليل شرعي تستند إليه. ويستدل على مضمون هذا المبدأ من عدة نصوص قرآنية، منها قوله تعالى: ﴿**وما كُنا معـذبِين حتـى نَبعثَ رسولاً**﴾[1]، وقوله جل شأنه: ﴿**لِئَلا يكُون لِلناس على ا ـ حجةٌ بعـد الرسـل**﴾[2]، وقوله جل شأنه: ﴿**وما كان ربك مهلِك الْقُرى حتـى يبعـثَ فِـي أُمهـا رسـولاً يتْلُـو عليهم آياتِنَا**﴾[3].

وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا المبدأ قد وجد في الشريعة الإسلامية، منذ أربعـة عشر قرنًا؛ حيث جاءت به نصوص القرآن الكريم على النحو المشار إليه آنفًـا، بينمـا عرفته القوانين الوضعية في وقت متأخر جدا في أعقاب القرن الثامن عـشر المـيلادي، عندما تقرر لأول مرة في المادة الثامنة من وثيقة إعلان حقوق الإنسان، الـصادرة عـن رجال الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩م، ثم نُص عليه في معظم التشريعات بعد ذلـك، كمـا تضمنته وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الـصادرة عـن هيئـة الأمـم المتحـدة سنة ١٩٤٨م.

ولقد طبق مبدأ الشرعية تطبيقًا دقيقًا (بشقيه المتعلقين بالتجريم والعقـاب) علـى الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وتطبيقًا مرنًا على الجرائم ذات العقوبات غيـر المقـدرة (التعزيرية)؛ وذلك على التفصيل التالي:

أولاً- بالنسبة لشرعية الجرائم:

يقصد بشرعية الجرائم في نطاق النظام الجنائي الإسلامي البحث في مدى انطباق الـشق الأول مـن مبـدأ الـشرعية: "لا جريمـة إلا بـنص" علـى جـرائم الحـدود والقصاص والتعازير.

عليها طبقًا لقانون البلد الأجنبي الذي وقعت فيه، ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من هـذا القانون من أن الحكم الأجنبي بالإدانة عن جريمة يسري عليها القانون المصري؛ يحول بعد تنفيـذه دون إعادة المحاكمة عن هذه الجريمة مرة أخرى في مصر.

(رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٢٠١).

بيد أننا نتحفظ إزاء تمشي مضمون هاتين المادتين مع النظام الجنائي الإسلامي؛ كمـا سنوضـح فـي موضعه عند الكلام على نطاق سريان القانون أو النظام الجنائي في المكان.

[1] - سورة الإسراء، آية ١٥.

[2] - سورة النساء، آية ١٦.

[3] - سورة القصص، آية ٥٩.

لقد طبق هذا الشق على جرائم الحدود والقصاص تطبيقًا دقيقًا؛ حيث وردت بشأنها جميعا نصوص صريحة. وقد سميت بالجرائم ذات العقوبات المقدرة لهذا السبب؛ حيث حددت العقوبات سلفًا بالنص الشرعي[1].

وفي نطاق الجرائم ذات العقوبات المقدرة؛ لا يسوغ للقاضي الجنائي الإسلامي أن يعتبر أحد الأفعال من قبيل جرائم الحدود والقصاص، دون وجود النص الصريح الـذي يستند إليه، بيد أنه لا يكون ملزما – كما هي الحال في مجال القـوانين الوضـعية - أن يحكم بالبراءة لانعدام النص؛ حيث يجد أمامه باب التعزير مفتوحـا ليـستوعب جميـع الأفعال التي تمثل مساسا بمصالح الأفراد أو المجتمع، دون أن تكون داخلة فـي إطـار جرائم الحدود والقصاص؛ وذلك لمواجهة احتياجات الضبط الاجتمـاعي، والاحتياجـات الأخرى التي تستحدث مع الظروف المتغيرة والمتطورة.

أما عن تطبيق الشق الأول من مبدأ الشرعية، في نطاق الجرائم التعزيريـة ذات العقوبات غير المقدرة؛ فيمكن القول بأنه تطبيق مرن؛ فـالتعزير إمـا أن يكـون علـى المعاصي، أو للمصلحة العامة، أو على المخالفات[2]. والتعزير على المعاصي يكون فـي حالة إتيان محرم، أو ترك واجب[3] (خارج نطاق الحدود والقصاص)؛ كالـشروع فـي السرقة، والرشوة، والتزوير، والاختلاس، والغش التجـاري، وشـهادة الـزور.. إلـخ. فبالنسبة لهذه الحالات نجد النصوص صريحة في تحريمها، وإن ترك أمر العقاب عليهـا لولي الأمر.

=

[1]- انظر في بيان النصوص:

أبو زهرة: جـ١، ص ١٨٧-١٩٠.

[2]- عبد القادر عودة: جـ١، ص١٨٧ - ١٩٠.

[3]- ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا حتما، بأن تكون صيغة طلـب الكـف دالة على الحتم؛ مثل قوله تعالى: ﴿**حرمـتْ علـيكُم الميتَـةُ والـدم ولحـم الْخنْزِيـر**﴾ (المائـدة:٣)، أو أن يكون النهي عن الفعل مقترنًا بما يدل على أنه حتم؛ مثل قوله تعالى: ﴿**ولا تَقْربوا الزنَى إنه كـان فَاحِشَةً**﴾ (الإسراء: ٣٢)، وقوله تعالى: ﴿**ولا تَقْتُلُوا النفْس التي حرم ا ُ إلا بِالْحق**﴾ (الأنعـام: ١٥١)، أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترنًا بذلك، نحو قوله تعالى: ﴿**إنما الْخَمر والميسِر والأنـصاب والأزلام رِجس من عمل الشيطَان فَاجتَنِبوه**﴾ (المائدة ٩٠)، أو أن يكون طلب الكفر مقترنا بترتيب عقوبة، مثـل قوله تعالى: ﴿ **والذِين يرمون الْمحصنَاتِ ثُم لَم يأْتُوا بِأَربعةِ شُهداء فَاجلِدوهم ثَمانِين جلْدةً**﴾.

كما يعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما، بأن اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعلـه، مثل قوله تعالى: ﴿**ولْتَكُن منْكُم أُمةٌ يدعون إلَى الْخَيرِ ويأْمرون بِـالْمعروفِ وينْهـون عـن الْمنْكَـر**﴾ (آل عمران ١٠٤)، ومثل قوله تعالى: ﴿**إن ا َ يأْمركُم أَن تُؤَدوا الأمانَاتِ إلَى أَهلِها وإذَا حكَمـتُم بـين الناس أَن تَحكُموا بِالْعدلِ**﴾ (النساء: ٥٨).

أما التعزير للمصلحة العامة؛ فمثاله حبس من اشتهر بإيذاء الناس، أو من يمثل خطورة عليهم، حتى مع عدم وجود المعصية، إلى أن تزول الخشية منه. ويتسع هذا النوع من التعزير ليشمل صيانة أمن المجتمع ونظامه، باتخاذ ما يكون ملائما من إجراءات. ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بالآتي:

(أ) ما قرره الرسول ﷺ من حبس رجل اتهم بسرقة بعير، ثم الإفراج عنه بعد ظهور براءته من التهمة[1]. وقد اعتبر الفقهاء الحبس الاحتياطي هنا، عقوبة تعزيرية لمن يوجد نفسه، أو توجده الظروف في حالة اتهام، ولو لم يأتِ فعلاً محرما؛ وهي عقوبة تبررها حماية المصلحة العامة، وصيانة النظام العام لأن ترك المتهم مطلقًا بغير تحقيق قد يؤدي إلى هربه، أو إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو قد يؤدي إلى عدم إمكان تنفيذ الحكم عليه بعد ثبوت إدانته.

(ب) ما فعله عمر ﷺ مع نصر بن حجاج[2]؛ حيث نفاه إلى البصرة (وفي رواية أخرى إلى تبوك)، معززا مكرما، خشية أن يفتتن النساء بجماله، دون أن يصدر من نصر أي فعل مخل أو يمكن اعتباره جريمة؛ فكان نفي عمر له إجراء وقائيا (تدبيرا) من مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة.

إن فكرة التعزير للمصلحة العامة هنا تسمح باتخاذ أي إجراء وقائي لحماية الجماعة وصيانة نظامها من أخطار المشبوهين والخطرين ومعتادي الإجرام، ودعاة الفتن والانقلابات؛ وذلك استنادا إلى القاعدة الكلية الأصولية التي تقول إن: "الضرر الخاص يتحمل في سبيل درء الضرر العام"، وإن: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".

ومع ذلك فيجب أن ينظر إلى مدى خطورة هذه الفكرة على الحقوق والحريات الفردية؛ إذ يمكن أن تكون بمثابة سلاح خطير يهدد هذه الحقوق والحريات، ويمسها مساسا بالغًا، إذا ما انحرفت السلطات في تطبيقها، وتوسعت في الأخذ بها بلا مسوغ، أو لمجرد النكاية والانتقام من بعض الفئات أو الأفراد، بعيدا عن مقتضيات تحقيق الصالح العام؛ فيجب إذن أن تضع السلطات المختصة الضوابط اللازمة، والكفيلة بعدم الانحراف

=

1- ابن الهمام: شرح فتح القدير، الطبعة الأولى، القاهرة، بدون تاريخ (عودة: مرجع سابق، ص ١٥٠).

2- كان عمر ﷺ يعس في المدينة، فسمع امرأة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشر بها

أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟

فدعا عمر نصر بن حجاج، فوجده شابا حسن الصورة، فحلق رأسه فازداد جمالاً، فنفاه إلى البصرة، مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرما (عودة: نفس المرجع، ص ١٥١).

في تطبيق هذه الفكرة، التي تعتبر استثناء من الأصول العامة، والاستثناء يتعين ألا يقاس عليه، وألا يتوسع في تطبيقه وتفسيره.

وبناء عليه يمكن القول بأن مبدأ الشرعية في شقه الأول (لا جريمة إلا بنص) لم يؤخذ به مطلقًا في هذا النوع من التعزير، تأسيسا على فكرة المصلحة العامـة والقاعـدة الكلية المشار إليها في شأن دفع الضرر العام.

أما عن التعزير على المخالفات؛ فهو تعزير على ترك المندوب، وفعل المكروه؛ وهو محل خلاف بين الفقهاء[1]؛ حيث يرى فريق أنه لا عقاب على ترك المندوب أو فعل المكروه، كما يرى فريق آخر العقاب على ذلك. وأساس اختلافهم في الحكم هو اختلافهم في تعريف المندوب والمكروه. والذين يقولون بالعقاب على هذا النـوع مـن التعزيـر؛ يشترطون تكرار المخالفة، إلا إذا كانت المخالفة متعلقة بالمصلحة العامة، فيعاقب عليهـا دون حاجة إلى التكرار.

ثانيا- بالنسبة لشرعية العقوبات:

يقصد بشرعية العقوبات هنا مدى انطباق الشق الثاني مـن مبـدأ الـشرعية: "لا عقوبة إلا بنص" على عقوبات الحدود والقصاص والتعازير.

ولقد طبق مبدأ الشرعية في شقة الثاني أيضا تطبيقًا دقيقًا على جـرائم الحـدود والقصاص؛ حيث إن عقوباتها مقدرة بالنص الصريح سلفًا، وإنه لا مجال بشأنها لتوقيـع أي عقوبة مغايرة للعقوبات الواردة بالنصوص القرآنية أو بالسنة النبوية، وإن كان مـن الجائز إضافة عقوبة تعزيرية إلى العقوبة المقدرة؛ كإضافة عـدد مـن الجلـدات علـى الأربعين في حد الشرب (عند الشافعية)، وتغريب الزاني غيـر المحـصن بعـد جلـده (عند الحنفية).

أما في مجال التعزير؛ فيمكن القول بأنه إذا كان هدف توسيع السلطة التقديريـة للقاضي الجنائي بالاستعانة بعدة نظم (منها نظام العقوبات المتراوحة بين حدين[2]) هو من

=

1- انظر في التفصيل: عودة: نفس المرجع، ص ١٥٥.

2- هما الحد الأدنى والحد الأعلى لكل عقوبة تقبل التبعيض؛ كالحبس أو الغرامة. وقد يتضمن الجـزاء الجنائي للدولة مجموعة أحكام تشتمل على الحدود الدنيا والحدود القصوى لمختلف أنواع العقوبات التـي من هذا النوع، بحيث إذا أشار إليها النص الخاص بجريمة معينة بالنوع فقط؛ فإن القاضي يرجـع إلـى الحدود العامة، أما إذا وردت إشارة في النص إلى الحد الأدنى أو الأعلى للعقوبة؛ فيسمى بالحد الأدنـى الخاص أو الأعلى الخاص. وهذه المجموعة العامة لم تصدر بعد - كما ألمحنا - في المملكـة العربيـة السعودية. وللقاضي في مجال التعزير أن ينزل بالحد الأدنى للعقوبة إلى أقل قدر، وهو ما عملـت بـه

أدوار تطور التشريعات الجنائية الحديثة؛ فإن الفقه الإسلامي قد سلك هذه السبيل منذ أربعة عشر قرنًا؛ فالحنابلة يقررون أن التعزير لا يبلغ به حد العقوبة في جنسه. وإيضاحا لذلك نقول إن السرقة وحدها قطع اليد؛ يقيد جميع العقوبات التعزيرية الأخرى التي يمكن أن توقع على جرائم الأموال غير السرقة؛ حيث يجب ألا تصل أي عقوبة تعزيرية خاصة بجرائم الأموال هذا الحد.

والقذف حده الجلد ثمانين جلدة؛ فيجب ألا تبلغ أي عقوبة تعزيرية على أي فعل من جنسه (كالسب مثلاً) هذا الحد. وعند الشافعي لا تبلغ العقوبات في غير الحدود أدنى عقوبات الحدود. وعند الحنفية، وما قال الشافعي؛ على خلاف في التفصيل. أما مالك فيقرر أنه ليس للتعزير حد أعلى؛ إذ يجوز أن يصل إلى حد القتل[1].

فأكثر الفقهاء قد قرروا أن العقوبات المقدرة تعتبر حدا أقصى لعقوبات الجرائم غير المقدرة (التعزيرية)، وأن حديث النبي ﷺ صريح في هذا المعنى؛ إذ يقول عليه السلام: ﴿من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين﴾[2].

وعلى ذلك يمكن القول بأنه: "لا جريمة ولا عقوبة بلا دليل في التعزير". وهذا الدليل يتمثل في التجريم بالنسبة للنصوص والأصول التي تحمي المصالح المعتبرة في الإسلام، وهي المصالح المتعلقة بحماية "النفس، والمال، والعقل، والعرض، والدين"، كما يتمثل في العقاب في الحدود القصوى للعقوبات المقدرة، التي تكون الجرائم التعزيرية من صنف حدودها.

بعض التشريعات من أجل توسيع مجال السلطة التقديرية للقاضي، وإن اعتبرت الحدود الدنيا حاليا تافهة؛ ففي القانون المصري مثلاً نجد أن الحد الأدنى العام لعقوبة الغرامة "خمسة قروش"، والحد الأدنى العام لعقوبة الحبس "أربع وعشرون ساعة" (المواد ٢/١٤، ١/١٨، ٢٢ عقوبات مصري).

ومن التشريعات التي أخذت أيضا بفكرة الحدين العامين للعقوبات؛ قانون العقوبات اليوناني لسنة ١٩٥٠م، والأردني لسنة ١٩٦٠م.

1- راجع لمزيد من التفصيل حول "مدى جواز القتل تعزيرا" بحثنا بعنوان: "التعزير والاتجاهات الجنائية المعاصرة"، الرياض، ١٣٩٨هـ، ص ٢٨-٢٩، وانظر أيضا: منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الرياض (بدون تاريخ)، ص ١٢؛ عودة: مرجع سابق، ص ٦٨٧ وما بعدها.

2- وقد ذكر صاحب المغني (جـ ٩، ص ١٧٧) في شأن هذا الحديث ما يلي: "ولنا حديث أبي بردة، وروى الشالنجي بإسناده عن النبي ﷺ أن: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين".

ولم يرد هذا الحديث من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك ، بحجة أنه منسوخ. أما من صححوا هذا الحديث من الفقهاء فقد اختلفوا في تفسيره.

(انظر في هذا الخلاف: عودة: جـ ١، ص ٦٩٢، وانظر في عرض هذه المسألة: أبو زهرة: جـ ١، ص ١٩٦ وما بعدها).

وعليه يمكن القول بأن مبدأ الشرعية قد طبق أيضا في مجال التعزير، وإن ترك أمر اختيار العقوبات لولي الأمر على الأسس الشرعية المشار إليها فيما سبق؛ أي على أن يختار ولي الأمر العقوبة التعزيرية من بين العقوبات المقررة شرعا في مجال التعزير، وبحيث لا تبلغ درجة عقوبات الحدود التي من صنفها؛ الجريمة التعزيرية.

كما يمكن بناء على ما تقدم إيجاز ما يتعلق بتطبيق مبدأ الشرعية في مجال النظام الجنائي الإسلامي؛ في أن هذا المبدأ مطبق بشقيه (التجريم والعقاب) تطبيقًا تاما بالنسبة للجرائم ذات العقوبات المقدرة (جرائم الحدود والقصاص)، وتطبيقًا مرنًا بالنسبة للجرائم ذات العقوبات غير المقدرة، (جرائم التعازير)؛ حيث يمكن للقاضي في مجال التعزير للمصلحة العامة - كما رأينا - ألا يتقيد بالشق الأول من مبدأ الشرعية على التفصيل السابق، وأن يصدر حكمه بالعقوبة التعزيرية الملائمة رغم انعدام النص. ولكن ينبغي أن ينظر إلى فكرة التعزير للمصلحة العامة كما أسلفنا على إنها أمر استثنائي، ابتغى به حماية المجتمع من شرور محترفي الإجرام، أو الذين يهددون أمنه، ويشتهر عنهم إيذاء الناس، أو يمثلون خطورة عليهم. والاستثناء ينبغي أن يعمل به في أضيق نطاق، ولا يقاس عليه، كما لا يتوسع في تفسيره.

نتائج مبدأ الشرعية الجنائية:

ولهذا المبدأ الهام عدة نتائج منطقية لا بد من احترامها لتحقيق الغاية منه. وأهم هذه النتائج **ما يلي**[1]:

١- عدم رجعية الأحكام الجنائية إلى الماضي. (وموضع تفصيل هذه النتيجة التي تمثل قاعدة هامة من قواعد النظام الجنائي؛ هو ضمن عرض موضوع سريان النظام الجنائي من حيث الزمان).

٢- التزام السلطة التي تضع الأحكام بالإيضاح والبيان لنصوص التجريم والعقاب. وتقتضي هذه النتيجة أن يوضح بالنظام العناصر القانونية المكونة للجريمة من الناحيتين المادية والمعنوية، والظروف التي قد تلابس اقترافها؛ وذلك تجنبا للغموض ونفيا للجهالة، وتيسيرا لمهمة القاضي عند التطبيق، فضلاً عن الوضوح في بيان الجزاء الجنائي من حيث نوعه ومقداره؛ وذلك مع الأخذ في الاعتبار النظم التي تساعد

=

[1]- انظر في التفصيل: (علي راشد: المدخل، ص ١٤٦ وما بعدها؛ رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ٩١وما بعدها).

القاضي على حسن تفريد الجزاء الجنائي؛ كما سنوضح ذلك في نظريـة الجزاء الجنائي فيما بعد[1].

=

[1]- قد يؤدي غموض النص الناشئ عن عدم الوضوح في صياغته إلى اضطراب في التطبيق، والمساس بالتالي بحقوق الأفراد مساسا بالغًا. ونمثل في هذا المقام بنص المادة ٥٣ من نظام الجمـارك بالمملكـة العربية السعودية، بالموافقة العالية رقم ٤٢٥، وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥ هـ؛ حيث نصت هذه المـادة علـى عقوبات حالات التهريب الجمركي في صياغة غريبة، أدت إلى الفهم الخاطئ، وبالتالي التطبيـق غيـر السليم للنص من جانب اللجنة الجمركية المختصة......... (القرار البدائي رقـم ١٤٠٠/١٤، وتـاريخ ١٤٠٠/٦/١ هـ؛ حيث طبقت اللجنة عقوبة المصادرة، وقضت بمبلغ أكثر من ستة ملايين ريال كبـدل مصادرة، فضلاً عن مبلغ مماثل كغرامة، في حالة اعتبرتها تهريبا حكميا (تهريب غير ضريبي)، لعـدم اتباع الإجراءات الخاصة التي يفرضها النظام ولائحته التنفيذية، في حين المفهوم المباشر للنص لا يفيد تطبيق عقوبة المصادرة في هذه الحالة؛ وهو ما تؤكده المقارنة بين فقرات النص.. وهذا النص يقـول: "يعاقب على التهريب أو الشروع فيه بغرامة تعادل ضعف الرسوم والعوائد الإضـافية، وفـي جميـع الأحوال يحكم بمصادرة المواد موضوعة المخالفة، فإذا لم تضبط تلك المواد ألزم المخالف بقيمتها حسب تقدير الجمرك، فضلاً عن ضعف الرسوم والعوائد المستحقة كغرامة".

وإلى هنا ينتهي الشق الأول من النص، والذي يعالج بوضوح حالة التهريب الجمركي الضريبي، ويحدد له عقوبة أصلية هي الغرامة، وتكميلية وجوبية هي المصادرة.

ثم تستطرد المادة فتقول: "أما إذا كانت المواد موضوعة المخالفة من الأصناف الغير مقرر عليها رسوم جمركية، أو كانت خاضعة لقيود بالاستيراد أو التصدير؛ كانت الغرامة معادلة لقيمتها".

وإلى هنا أيضا ينتهي الشق الثاني من النص، وهو يعالج بوضوح كذلك جرائم التهريب الجمركي غيـر الضريبي، المتمثلة في مخالفة القيود والإجراءات الخاصة، ويحدد لها عقوبة الغرامة المعادلـة لقيمتهـا فحسب. ولكن قرار اللجنة الجمركية المشار إليه فيما سبق قد طبق عقوبة المصادرة على الحالة الثانية؛ وهو فهم خاطئ للنص وتطبيق غير صائب؛ إذ لو أراد واضع النظام ذلك لأفصح عنه بوضـوح فـي النص، ولما قال في مستهل الفقرة الثالثة من نفس النص: "وفي حالة العود يحكم بالمصادرة، وتضاعف الغرامة."

وإذا كان حكم المصادرة نافذًا في جميع الصور؛ لقال واضع النظام في الفقرة الثالثة ما يلي: "وفي حالة العود تضاعف الغرامة..".

وفضلاً عن ذلك؛ فقد أعادت الفقرة الرابعة كذلك ذكر عقوبة المصادرة بالنـسبة لتهريـب الممنوعـات أيضا، ولو أنها واجبة في جميع الأحوال لما ذكرتها كذلك هذه الفقرة.

ومن ذلك يتضح مدى أهمية دقة ووضوح صياغة النصوص الجنائية؛ لما يترتب عليها من تأثير بـالغ، يتمثل في المساس بحقوق وحريات الأفراد، ومثال هذا المساس ما ترتب على الفهم الخاطئ لمفهوم هذا النص من توقيع عقوبة المصادرة على حالة لا توقع فيها، وقد وصل المبلغ كبدل للمصادرة فـي هـذا الحالة إلى أكثر من ستة ملايين ريال سعودي، إضافة إلى الغرامة المقدرة بمبلغ مماثل.

٣- حظر جعل اللوائح الإدارية (التشريع الفرعي) مصدرا للتجريم والعقاب، ولو أن ذلك يسمح به على سبيل الاستثناء أحيانًا. وفي هذه الحالة لا بـد من وضوح وصراحة النص التشريعي الذي يبيح للـسلطة الإداريـة أن تجرم وتعاقب، وأن يرسم لها النطاق الذي تمارس فيـه هـذه الـسلطة الاستثنائية المحدودة. وممارسة الـسلطة الإداريـة هـذا الاختـصاص التشريعي الاستثنائي في هذه الحالة يقوم علـى نـوع مـن التفـويض التشريعي.

ولا يصلح في هذه الحالة أن يستند الوزير المختص، أو الجهة الإدارية المختصة إلى نص عام بالتفويض بإصدار اللوائح التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون، أو النظام؛ لكي يصدر قواعد جنائية بقرار أو لائحة حيث يعوزه في هذا الحالة التفويض التشريعي الواضح الدقيق.

٤- حظر اعتبار العرف مصدرا للتجريم والعقاب.

والعرف – كما هو معلوم - عبارة عن دروج الناس على نمط معين من السلوك ردحا طويلاً من الزمن؛ بحيث يتولد اعتقاد لديهم بأنه أصبح ملزما.

وإذا كان العرف بهذا المعنى لا يجوز اللجوء إليه كمصدر مباشر للتجريم والعقاب بحسب الأصل؛ إلا أنه يكون مصدرا غير مباشر في بعض الأحيان في مجال تقرير العقاب، وفي مجال رفع العقاب[1].

ففي مجال تقرير العقاب قد يكون للعرف دور في تكوين عناصر التجـريم فـي القاعدة الجنائية المكتوبة، ومثال ذلك ما يحدث في مجال الجريمـة الإيجابيـة بطريـق الترك؛ حيث لا تقوم هذه الجريمة إلا إذا توافر واجب قانوني على عاتق الشخص بمنـع وقوع الفعل الضار. ويرجع في تحديد هذا الواجب القـانوني إلـى القواعـد القانونيـة المكتوبة، وكذلك إلى القواعد العرفية في حدود إقرار القانون لها.

ولكن العرف وحده في الأنظمة الجنائية العالمية لا ينهض وسـيلة للتجـريم ولا مصدرا له؛ فلو فرض مثلاً أن عرفًا يجري في بلد ما على ازدراء سلوك معين، دون أن يكون محرما بنص قانوني؛ فإن القاضي رغم ذلك لا يمكنه أن يحكم بالعقاب على مقترف هذا السلوك، وإلا كان متجاوزا لمبدأ الشرعية[2].

=

[1]- رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ٩٦ وما بعدها.

[2]- قارن ذلك مع ما سنورده في شأن التعزير ومبدأ الشرعية بعد قليل.

وعلة ذلك أن السبيل إلى التجريم لا يكون بمجـرد الاسـتهجان واللجـوء إلـى السلطات؛ بل بحث الجهات التشريعية (التنظيمية) على التدخل بإصدار النص الجنائي.

بيد أن هذا الأساس لا يمكن الأخذ به على إطلاقه في النظام الجنائي الإسلامي – كما أشرنا - فهو يطبق مطلقًا بالنسبة لجرائم الحـدود والقـصاص؛ حيـث "لا جريمـة ولا عقوبة إلا بنص" واضح ومباشر، ولكنه يطبق تطبيقًا مرنًا بالنسبة للجرائم التعزيرية. فإذا برز العرف وقوي إلى الدرجة التي تشعر معها الجهات التشريعية بأهميته وصـحته، فإنها تتدخل وتجرم الفعل التعزيري بالنص، وتضع العقوبة اللازمة له؛ وهذا ما يحـدث في المملكة العربية السعودية عندما تصدر السلطة التنظيمية فيهـا؛ الأنظمـة الجنائيـة التعزيرية بتجريم بعض الأفعال، وتحديد العقوبات اللازمة لها، وهذا ما يحدث في المملكة العربية السعودية عندما تصدر السلطة التنظيمية فيها، الأنظمة الجنائية التعزيرية بتجريم بعض الأفعال وتحديد العقوبات اللازمة لها، وقد أصدرت عديدا من هذه الأنظمة. أما إذا كان الفعل مستهجنًا، ومثل اعتداء على إحدى المصالح المعتبرة، مهما كانت درجة هـذا الاعتداء؛ فإن السلطة المختصة ترفع الأمر بشأنه إلى القضاء الشرعي المختص، مـا دام لم يصدر بشأنه أي نظام تعزيري؛ لأنه صاحب الاختـصاص الأصـيل فـي التعزيـر. والقضاء في هذه الحالة لن يخرق مبدأ الشرعية؛ حيث لا يكون للقاضي مطلق الحرية من كل قيد؛ لأن لنظام التعزير أسسه وأصوله، ومن بين هذه الأسس والأصول مبدأ شـرعية الجرائم والعقوبات التعزيرية، الذي يأخذ صيغة "لا جريمة ولا عقوبـة بـلا دليـل فـي التعزير"، وهذا الدليل يكون من الكتاب أو من السنة أو الإجماع؛ كما أشرنا قبل قليل.

وفي مجال رفع العقاب يضرب البعض[1] أمثلة من مجال الإباحة؛ حيث بـادرت السلطة التشريعية في مختلف الدول إلى إقرار بعض المسالك العرفيـة؛ لأن المـصلحة الاجتماعية تعلو على الفائدة التي تعود على المجتمع من اعتبار هذه المسالك جرائم.

ومن أمثلة ذلك:

- ضرب الوالد ولده تأديبا له.
- الجراحة.
- الألعاب الرياضية.

فالعرف في مجال رفع العقاب لا يعطل القواعد الجنائية تعطيلاً كاملاً؛ وإنما يمنع تطبيق القاعدة التي تتعلق بها الظروف الخاصة طالما ظلت هذه الظروف قائمة، وبحيـث

=

[1] - رمسيس بهنام: نفس المرجع، ص ٩٩.

تظل القاعدة سارية في غير هذه الظروف، أو عند تجاوز القيود التـي يـشترطها نـص الإباحة للاستفادة بالظرف المبيح.

ويرى البعض[1] أن العرف يستعان به في تفسير النصوص، ومنهـا نـصوص التجريم، ومن ذلك بيان حدود تطبيقها ومجالها.

وعلى سبيل المثال:

(أ) اللجوء إلى العرف لمعرفة ما يعتبر تافها من الأموال في السرقة، وذلـك عند بعض الفقهاء (أبو حنيفة ومحمد)؛ حيث إن معيار التفاهـة وعـدمها عندهما مرجعه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما يعتبر تافها فـي عـرف الناس وعاداتهم لا يقطع سارقه.

(ب) أن الحرز يختلف باختلاف الأموال اعتبارا بالعرف، ويقول الشافعي فـي ذلك إن الأحراز تختلف باختلاف الأموال اعتبارا بالعرف فيها. كما يقول الماوردي عن الحرز: "يخف فيما قلت قيمته من الخشب والحطب، ويشتد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة؛ فيقطع سارق الخشب منه، ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه".

كما يعتبر العرف دليلاً شرعيا في مجال التجريم والعقاب في مجـال التعزيـر، ومن أمثلة ذلك **ما يلي**[2]:

(أ) أنه يرجع في تحديد طبيعة الفعل الذي يسند إلى المـسبوب فـي جريمـة السب، وما إذا كان يعتبر سبا أو لا إلى العرف؛ ولذلك فقد نجد أن لفظًا ما يعتبر سبا في مكان أو زمان معينين، بينما لا يعد كذلك في مكان أو زمان آخرين.

ففي هذا المثال يكون للعرف أثر في تكوين جريمة السب.

(ب) أن العرف قد يجعل من فعل ما جريمة في بلد معين وفي زمن معين، بينما يكون هذا الفعل مباحا في بلد آخر؛ وذلك في إطار التعزير.

=

[1] - عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الليبي، بنغازي، ١٩٧٤، ص ١٣٤.

وانظر أيضا:

الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، طبعة ١٣٢٨ هـ، جـ ٧، ص ٦٨؛ المـاوردي: الأحكام السلطانية، القاهرة، طبعة ١٣٢٥ هـ، ص ٢١٥.

[2] - عامر: نفس المرجع، ص ١٣٥.



فللعرف إذن أثر واضح في تجريم الأقوال والأفعال، التي لا يوجد بشأنها نـص مجرم أو مبيح.

الفصل الثاني

تفسير النصوص الجنائية

تمهيد وتقسيم:

ليس في وسع واضع النص الجنائي أن يحيط علما - سلفًا - بمختلف الحـالات والظروف والملابسات التي يمكن أن ينطبق عليها النص في المستقبل؛ وهذا هو السر في أن النص يوضع في صيغة عامة ومجردة؛ مما يجعل الجهات القائمـة علـى التطبيـق تصادف في بعض الأحوال صعوبات تقتضي الوقوف على المعاني الحقيقية للنـصوص، والغايات المستهدفة منها، ووسيلة الجهات القضائية وغيرها إلى ذلك هو التفسير.

فالتفسير[1] يراد به في الاصطلاح الكشف عن حقيقة معنى النص، وقد يقوم بـه واضع النص، أو الفقيه، أو القاضي؛ ببذل جهد فكري، مع الاستعانة بقواعـد المنطـق، وأساليب اللغة العربية، المؤدية إلى تحقيق الهدف المقصود.

=

[1]- التفسير في اللغة هو الإيضاح والتبيين، وهو مأخوذ من الفسر والإبانة والكشف. والفـسر: الإبانـة وكشف المغطي، والتفسير: كشف المراد مـن اللفـظ المـشكل (لـسان العـرب، الجـزء الـسادس، ص ٣٦١). ومنه قوله تعالى في سورة الفرقان (آية ٣٣): ﴿**ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحـسن تفسيرا**﴾. أي بيانًا وتفصيلاً، وهو يختلف بهذا المعنى – لدى البعض - عن التأويـل.. والتأويـل لغـة مأخوذ من الأول وهو الرجوع، فيقال: آل الشيء يئول أولاً ومآلاً. وفي الحديث: ﴿من صام الدهر فـلا صام ولا آل﴾ (أي: ولا رجع إلى خير). فالتأويل مأخوذ من الأول إذن؛ بمعنى الرجوع، وذلك باعتبـار أحد معانيه اللغوية. والمؤول يرجع الكلام إلى ما يحتمله من المعاني (لسان العرب جـ ـ١٣، ص ٣٣-٣٤).

وقد اختلف الفقهاء في معنى التأويل، وهل هو متميز عن التفسير؛ فذهب البعض إلى أنه لا فـرق بـين اللفظين في المعنى، باعتبار أن التأويل في الاصطلاح يقصد به تفسير الكلام وبيان معناه، سواء أوافـق ظاهره أو خالفه (محمد حسين الذهبي: التفسير والمفسرون، القاهرة، جـ ١، ١٩٧٦، ص ١٦).

وهو الرأي الشائع عند المتقدمين من علماء التفسير، ويرى البعض الآخر أن للتأويل معنى مختلفًا عـن التفسير، وقد عبر أصحاب هذا الرأي عن هذا المعنى بتعبيرات مختلفة منها:

ما قاله الراغب الأصفهاني من أن: "التفسير أعم من التأويل، والتأويل يستعمل أكثره في الكتب الإلهيـة، أما التفسير فيستعمل فيها وفي غيرها. كما أن التفسير أكثر ما يستعمل في مفردات الألفـاظ، والتأويـل أكثر ما يستعمل في الجمل".

وفيما يلي نتناول موضوع تفسير النص الجنائي من عدة زوايا؛ من حيث أنواعه، وأساليبه، وأهم قواعده، وذلك في مباحث ثلاثة.

ما قاله الماتوريدي من أن: "التفسير: القطع على أن المراد من اللفظ هذا، والشهادة على ا أنـه عنـى باللفظ هذا، فإن قام دليل مقطوع به فصحيح، وإلا فتفسير بالرأي، وهو المنهي عنه، والتأويل ترجيح أحد المحتملات بدون القطع والشهادة على ا ".

ما قاله أبو طالب الثعلبي من أن: "التفسير بيان وضع اللفظ إما حقيقـة أو مجـازا؛ كتفـسير الـصراط بالطريق، والصيب بالمطر. والتأويل تفسير باطن اللفظ.. فالتأويل إخبار عن حقيقة المـراد، والتفـسير إخبار عن دليل المراد؛ لأن اللفظ يكشف عن المراد، والكاشف دليل، ومثاله قوله تعالى في الآية ١٤ من سورة الفجر: ﴿**إن ربك لبالمرصـاد**﴾. تفسيره أنه من الرصد.. يقال: رصدته رقبته، والمرصاد مفعـال منه، وتأويله التحذير من التهاون بأمر ا ".

المشهور عن المتأخرين؛ وهو رأي نبه إليه العلامة الألوسي في مقدمة تفسيره، ومقتضاه أن: "التفـسير هو بيان المعاني التي تستفاد من وضع العبارة، والتأويل هو بيان المعاني التي تستفاد بطريق الإشارة".

(انظر للمزيد من التفصيل: محمد حسين الذهبي: مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها).

المبحث الأول

أنواع التفسير

يقسم التفسير من زاوية مصدره إلى تفسير تشريعي، وفقهي، وقضائي.

والتفسير التشريعي هو الذي تقوم به السلطات التشريعية (التنظيمية) لبيان المقصود من نصوص تشريعية سابقة، صادف تطبيقها بعض الاضطرابات والصعوبات، التي أدت إلى ظهور الحاجة إلى إفصاح الجهة المصدرة للنصوص عن حقيقة ما تقصد إليه من غايات، وقد يتم التفسير التشريعي بناء على طلب الجهات القائمة على تطبيق النصوص، كما قد تبادر إليه السلطة التشريعية (التنظيمية) من تلقاء نفسها، إذا ما لاحظت أن جهات التطبيق تقضي بما يخالف المعاني التي قصدت إليها.

والأصل أن يصدر هذا النوع من التفسير من الجهة التشريعية (التنظيمية) ذاتها، التي أصدرت النص المراد تفسيره، بيد أنه قد تقوم به – على سبيل الاستثناء - السلطة التنفيذية (الإدارية)، بناء على تفويض تشريعي، ويكون هذا التفويض التشريعي بنص صريح[1] في القانون (النظام) المراد تفسيره أو تفسير نصوصه، كما قد يكون في قانون آخر، أو في قانون مستقل بذاته، كما لو صدر مرسوم ملكي مستقل في المملكة العربية السعودية، يمنح الوزير المختص أو مجلس الوزراء صلاحية تفسير نظام أو نص في نظام ما.

=

[1]- ومن أمثلة ذلك ما ورد في نظام الخدمة المدنية بالمملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩، وتاريخ ١٣٩٧/٧/١ هـ؛ حيث نصت المادة ٤٠ منه على أن: "لمجلس الوزراء حق تفسير أحكام هذا النظام". ولا نذكر نصا صريحا مماثلاً في الأنظمة الجنائية الصادرة بالمملكة حتى الآن؛ حيث لا يوجد مثل هذا التفويض التشريعي الصريح. والغريب هنا أن السلطة التنفيذية المختصة بتنفيذ وتطبيق أحكام نظام الجمارك بالمملكة قد فهمت نص المادة ٦٤ من هذا النظام؛ على أنه يمنح تفويضا تشريعيا لا بالتفسير فحسب؛ بل بالتجريم والعقاب أيضا، فأصدرت القرار رقم ٦/١٧٠٣، وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٣ هـ، باعتبار حالة معينة جريمة تهريب جمركي. والنص لا يمكن أن يحتمل كل هذا الفهم الموسع؛ حيث يقول: "على وزير المالية تنفيذ أحكام هذا النظام، وله أن يصدر اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة ضمن الاختصاص والصلاحيات الممنوحة له من لدن صاحب الجلالة". وقد علقنا على هذه الحالة تفصيلاً في مناسبة سابقة عند الكلام عن مصادر الشرعية الجنائية.

وسواء أصدر التفسير التشريعي من الجهة التشريعية (التنظيمية)، أم من الجهـة التنفيذية (الإدارية) على سبيل الاستثناء؛ فإنه يسري بأثر رجعي من تاريخ صدور النص المراد تفسيره.

وفي الواقع إنه لا صعوبة إذا أفصح النص التشريعي الجديد بأنه صادر في شأن تفسير نص تشريعي سابق؛ حيث ستقوم الجهات المختصة حتما بإعمـال حكمـه بـأثر رجعي. ولكن الصعوبة تقوم إذا خلا النص التشريعي الجديد من مثل هـذا الإفـصاح أو البيان، وفي هذه الحالة يتعين على الجهات القائمة على التطبيق ألاّ تطبق النص الجديـد بأثر رجعي إلا إذا تأكدت من أنه صدر فعلاً على سبيل التفسير التشريعي[1].

فلو صدر نص يوضح أن رجال السلطة لا يشملهم النص السابق صـدوره فـي نظام ما بتقرير مكافأة عن ضبط جريمة ما - لأن هذا من أهم واجباتهم - فإن هذا النص يعد تفسيرا إلى هذا الحد، ويعمل به بأثر رجعي. أما لو تضمن هذا النص الجديد حكمـا جديدا بوجوب ترقية القائم بالضبط ترقية استثنائية، في الوقت الذي خلا فيه النص السابق صدوره، والصادر بشأنه النص المفسر؛ فإن هذا الحكم يعد تعديلاً للنص السابق، ويخرج عن حدود التفسير التشريعي، ولا يشمله الأثر الرجعي؛ وإنما يطبق بأثر فـوري علـى الوقائع اللاحقة.

فالتفسير التشريعي تفسير ملزم لجهات التطبيق والتنفيذ، ويعمل به بأثر رجعـي، فيما شمله التفسير فقط.

أما التفسير الفقهي؛ فيراد به ذلك البيان والإيضاح والشرح التفصيلي، الذي يقوم به فقهاء القانون عند دراستهم النصوص التشريعية. وهذا النوع من التفسير يغلب عليـه الطابع النظري المجرد؛ لأن الفقيه لا يعيش الحياة العملية التي يتم فيها تطبيق النصوص على الحالات الواقعية. ومع ذلك فإن الفقيه يمكن أن يؤسـس بعـض جوانـب أعمالـه التفسيرية الفقهية على أحكام المحاكم التي خاضت التجربة العملية الواقعية.

وليس للتفسير الفقهي رغم عمقه وأهميته أي قـوة ملزمـة؛ لا بالنـسبة للجهـة التشريعية (التنظيمية)، ولا بالنسبة لجهات التطبيق والتنفيذ؛ وإنما يفيد تلك الجهات علـى سبيل الإرشاد، كما يفيد منه طلاب العلم في أبحاثهم العلمية.

=

[1] - ومن قبيل التفسير التشريعي الأحاديث النبوية الصادرة عن رسول ا ﷺ لبيـان حقيقـة المعـاني والغايات المقصودة من مجمل أحكام كتاب ا تعالى؛ وهي السنة المفسرة.

أما التفسير القضائي؛ فهو ما يقوم به القضاة أثناء نظر الدعاوى وتطبيق النصوص؛ من بيان للغايات المقصودة من النصوص. ولا يعد تفسيرا قضائيا ما يقوم به القضاة من بيان لمعاني النصوص في مناسبات أخرى، بعيدة عن مناسبات الفصل في القضايا المعروضة عليهم؛ حيث يكون ذلك بمثابة جهد فقهي. ويقوم القاضي بالتفسير القضائي متى رأى حاجة إلى ذلك، ودون أن ينتظر طلب ذلك من جانب أحد الخصوم. وإذا كان التفسير الفقهي – كما رأينا - له طابع نظري في الغالب؛ فإن التفسير القضائي يغلب عليه الطابع العملي؛ حيث يعيش القاضي تجربة تطبيق النصوص المجردة على الحالات الفردية الواقعية؛ الأمر الذي يكشف له كثيرا حاجة النصوص إلى البيان والإيضاح؛ لتغطية ظروف وملابسات كل حالة على حدة. والقاضي عندما يراعي الظروف والملابسات الواقعية؛ فانه يهدف إلى تحقيق العدالة والإنصاف Léquité، وهو لن يتمكن من ذلك إلا إذا أسعفته النصوص، ووسعت من سلطته التقديرية. أما إذا ضيقت من هذه السلطة، أو حرمته منها مطلقًا؛ فإنه لن يتمكن من تحقيق تلك العدالة، وفي هذه الحالة سيكون مجرد مردد لكلمة القانون، ويحقق بذلك عدلاً مجردا La Justice إذا لم يكن النص مجحفًا؛ فإن كان مجحفًا أو حرم القاضي من تحقيق العدالة بالدرجة التي يرتاح إليها ضميره، وبما يتفق مع الظروف الواقعية التي يراها هو، والتي لم يكن بوسع واضع النصوص أن يتوقعها سلفًا؛ فإنه (أي القاضي) سيلجأ حتما إلى الخروج عن المعنى المقصود من النص، تحت ستار التفسير القضائي، وقد يصل الأمر به إلى أن يحكم بالبراءة، ويرى في ذلك خيرا من أن يحكم بالإدانة، مع افتقاد روح العدالة والإنصاف.

والتفسير القضائي – بحسب الأصل - ليس له قوة ملزمة أيضا كالتفسير الفقهي[1]. والفقيه كثيرا ما يستفيد من هذا النوع من التفسير الذي يقوم به القضاة؛ حيث

=

[1]- ومع ذلك فقد اتجهت بعض الدول – ضمانًا لوحدة التطبيق القضائي للنصوص التشريعية (التنظيمية) إلى إيجاد هيئة عليا تقوم بتفسير النصوص التي تستدعي الظروف الكشف عن حقيقة المعاني والغايات المقصودة منها كما هي الحال في مصر؛ حيث صدر القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م، بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، وتخويلها سلطة التفسير الملزم للنصوص التشريعية. وقد نص هذا القرار بقانون في المادة ٢/٤ منه؛ على أن تختص هذه المحكمة بالآتي: "تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها لوحدة التطبيق القضائي، وذلك بناء على طلب وزير العدل. ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما." وبذلك يمكن القول بأن هذا التفسير هو نوع من التفسير القضائي الملزم، الذي يرقى إلى درجة التفسير التشريعي، ويأخذ حكمه.



يدخل في اعتباره أثناء تناول النصوص التشريعية بالشرح والتحليل والتأصيل؛ ما تتجـه إليه أحكام المحاكم، في محاولة ربط آرائه الفقهية بالاتجاهات العملية.

المبحث الثاني

أساليب التفسير

يتم تفسير النص الجنائي بأحد أسلوبين؛ هما: أسلوب التفسير اللغوي، وأسلوب التفسير المنطقي.

أولاً- أسلوب التفسير اللغوي:[1]

يعتمد هذا الأسلوب على الدلالة المستفادة من صيغة النص، سواء أكان طريق هذه الدلالة هو المنطوق اللفظي للنص، أم كان طريقها هو المفهوم الذي يؤخذ من فحوى النص.

وقد وضع علماء أصول الفقه الإسلامي عدة قواعد أصولية لغوية، استمدوها من استقراء الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها؛ وذلك من أجل التوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهما صحيحا، وإيضاح ما قد يشوبه خفاء، ورفع ما قد يوجد بينها من تعارض.

والأسلوب اللغوي بهذا المعنى هو الخطوة المبدئية في التفسير؛ حيث يتعين عدم إهمال أي لفظ من ألفاظ النص، وحمله على معناه المباشر، والعبرة في معنى النص تكون بألفاظه كما جاءت فيه؛ فلا يجوز تغييرها بمقولة إن النص يشوبه سوء الصياغة والتعبير؛ لأن تغيير الألفاظ وضع لنص لا تفسير له.

ومن الجدير بالإشارة إليه هنا أن التفويض التشريعي يتعين أن تمارسه الجهات التنفيذية (الإدارية)، أو أي جهة أخرى يمنح لها في أضيق نطاق؛ حيث لا يجوز أن تصل به إلى أبعد من التفسير؛ كأن تتناول النص بالتعديل؛ بالإضافة أو الحذف أو التغيير؛ فإنه لا يجوز لها ذلك.

وهنا نقول إنه إذا تجاوز النص المفسر حدود التفسير، وعدل في النص المفسر، وكان صادرا من ذات السلطة التشريعية (التنظيمية) التي أصدرته؛ فإن التفسير يكون

=

[1]- انظر: رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء؛ أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها؛ عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، القاهرة ١٩٧٢، ص ٢٨٥ وما بعدها؛ عودة: مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها..

وانظر أيضا:

Merle et vitu: Traité, op. Cit., P. 121 et suiv.

صحيحا وملزما، وكذلك التعديل؛ لأنه صادر من سلطة أصيلة تملك التفسير والتعديل معا. ولكنا نرى أن الأثر الرجعي في هذه الحالة يقتصر على ما انطوى عليه النص الجديد من تفسير فقط، مع تطبيق التعديل بأثر مباشر على الوقائع اللاحقة على صدوره.

ودراسة أسلوب التفسير اللغوي تقتضي دراسة دلالات العبارات والألفاظ؛ أي مفهوماتها، ووضوح الدلالات وغموضها، واشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها.

١ - دلالات الألفاظ والعبارات (أي مفهوماتها):

يتكون أي نص من ألفاظ وعبارات لكل منها دلالة معينة. وقد يكون للنص دلالة واحدة، أو دلالات متعددة. وهذه الدلالات إما أن تفهم من الألفاظ أو العبارات مباشرة، وإما أن تفهم من مطويات هذه الألفاظ أو إشاراتها.

وهي (أي الدلالات) على خمسة أنواع[1]:

(أ) دلالة أو مفهوم العبارة:

ويقصد بها المعنى الذي يتبادر مباشرة إلى الذهن من صيغة النص بحسب المعنى اللغوي لألفاظ النص؛ لأن واضع النص يسعى دائما أن تكون الصياغة بألفاظ واضحة دالة في يسر على المعاني التي يقصدها.

(ب) دلالة أو مفهوم الإشارة:

إن إشارات النصوص معانٍ منطقية، تترتب على مدلولات الألفاظ، وبها يتفاوت الكلام في مراتب البلاغة، وتتفاوت العقول في إدراك الإشارات المقصودة؛ فدلالة أو مفهوم الإشارة ليست هي ما يدل عليه النص بعبارته، ولكن هي ما يستفاد من خلال العبارة، وما يفهم من نظم الكلام بطريق غير مباشر، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا**[2]﴾؛ فوصف الكتاب بالعدل هنا يفيد بدلالة العبارة أنه يجب أن يكون المكتوب صحيحا، كما يفيد بدلالة الإشارة أن تزوير الكاتب فيما يملى عليه حرام، ويعد جريمة تزوير يعاقب عليها ولي الأمر تعزيرا.

=

[1] - يضيف البعض إليها عدة أنواع أخرى من المفهومات هي: مفهوم اللقب، ومفهوم الوصف، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدل. (أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٩٩).

[2] - سورة البقرة، آية ٢٨٢.

(ج) دلالة أو مفهوم الموافقة:

وتسمى أيضا دلالة "الأولى"، والقياس الجلي، ودلالة الـنص، ومفهـوم الدلالـة، وفحوى الخطاب، ويقصد بهذه الدلالة المعنى الذي يفهم من روح النص وفحواه؛ بحيـث إذا دل نص على حكم من واقعة لعلة ما؛ فإن توافر هذه العلة في واقعة أخرى من جنسها من شأنه أن يدخلها في مفهوم النص، متى كانت الواقعة الثانية مساوية للأولى، أو أولـى منها بالحكم. ويضرب الفقهاء مثلاً لذلك بقوله تعالى في شأن الوالدين: ﴿**فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا**﴾[1]. فإذا كان هذا النص يفيد بدلالة العبارة تحريم التـأفف مـن الوالـدين وتحريم نهرهما، كما يفيد بدلالة الموافقة أن كل ما يساوي التأفف ويساوي النهر محـرم، كذلك كل ما هو أشد من التأفف والنهر من باب أولى؛ لتوافر علة التحريم. ومثال آخـر من باب الدفاع الشرعي؛ فلو تصورنا شخصا تعرض لاعتداء وشيك الوقوع على نفسه، وقاومه ودفعه عن طريق فعل غير قتل المعتدي أو جرحه أو ضـربه (وهـي الـصور المحددة لدفع الاعتداء في حالة الدفع الشرعي)؛ كأن يدفعه بإتلاف سـلاح المعتـدي، أو حبسه الوقت اللازم لحضور رجال الشرطة؛ فهنا قياس من باب أولى لتوافر العلة، ولأن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى وقوع المدافع تحت طائلة العقاب، كما لو كان في ظروف عادية، في حين أنه لا عقوبة عليه مطلقـًا إذا هـو قتـل المعتـدي أو جرحـه أو ضربه على حسب الأحوال. وهذه نتيجة شاذة دون شك - كما يقول البعض[2] - لأن النصوص إذا كانت تسمح بالدفاع الشرعي بأفعال جسيمة؛ فإنها تسمح من بـاب أولـى بالدفاع بأفعال أقل جسامة.

(د) دلالة أو مفهوم المخالفة:

يقصد بها المعنى المخالف لمفهوم عبارة النص، أو المعنى الذي ينطـوي علـى نقيض الحكم الذي يتضمنه النص. ومثال ذلك أن يشترط النص للمساءلة عـن جريمـة تزوير؛ توافر القصد الجنائي الخاص، والذي يتطلب أن تتوافر لدى المتهم نية اسـتعمال المحرر فيما يزور من أجله؛ فبمفهوم العبارة تقوم جريمة التزويـر إذا تـوافر القـصد الجنائي الخاص بالمعنى المشار إليه، وبدلالة أو مفهوم المخالفة لا مسئولية ولا عقاب إذا

=

[1]- سورة الإسراء، آية ٢٣.

[2]- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٦ - ٢٧.

انتفى عنصر نية استعمال المحرر فيما زور من أجله لدى المتهم، وقت اقتراف السلوك، ولو توافر لديه القصد العام المتمثل في اقترافه السلوك الإجرامي المكون لفعل التزوير بإتيان إحدى الطرق المقررة قانونًا (نظاما) للتزوير المادي أو التزوير المعنوي، والمتمثل كذلك في عنصر ثانٍ هو عنصر العلم بأن فعله هو غير مباح ومعاقب عليه؛ فطالما اشترط النص القصد الخاص فلا يكفي للعقاب مجرد القصد العام، وذلك بدلالة أو بمفهوم المخالفة[1].

(هـ) دلالة أو مفهوم الاقتضاء:

ويقصد بها المعنى الذي يقتضيه النص؛ بحيث لا تستقيم ألفاظ وعبارات النص إلا بتقديره؛ وبعبارة أخرى يقصد بها: المعنى الذي تقتضيه صحة النص واستقامته. مثال ذلك قوله تعالى: ﴿**حرمتْ عليكُم أمهاتُكُم**[2]﴾، وقوله: ﴿**حرمتْ عليكُم الميتَةُ والدم ولحم الْخِنْزِير**[3]﴾؛ فالصيغة الأولى قد يفهم منها معانٍ كثيرة، ولكنها لا تصح ولا تستقيم إلا إذا

=

[1]- وقد اختلف الأصوليون في مفهوم المخالفة، فيرى فريق منهم أن لكل نص دلالتين: دلالة على حكم معين في منطوقه، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه؛ أي في مفهومه المخالف. فقوله تعالى: ﴿**أو دما مسفُوحا**﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص أو بدلالة العبارة، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم المخالفة. ويرى الفريق الثاني أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه، وأن النص للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهومه المخالف (عودة: مرجع سابق، ص ١٨٨).

والراجح – في نظرنا - هو الرأي الأول؛ لأن لكل حكم عكسا ونقيضا يترتب عليه حتما، ولا يحتاج الأمر إلى جهد لمعرفة نقيض أي حكم بمفهوم المخالفة، بيد أنه يجب الحذر والاحتياط في بعض الحالات عند الاستدلال بمفهوم المخالفة، وذلك عندما يكون المقصود من النص إثبات الحكم المنصوص عليه للحالة الواردة فيه على سبيل التمثيل، أو حسما لما يحتمل أن يثور في شأنها من خلاف، دون أن يكون في ذلك ما يدل على ثبوت نقيض هذا الحكم لحالة أخرى ينتفي فيها القيد المذكور في النص أو يقترف بها قيدا آخر. ومثال ذلك نص المادة ١٦/ب من اللوائح التنفيذية لنظام الخدمة المدنية بالمملكة العربية السعودية لعام ١٣٩٧ هـ، والصادرة في شأن تفصيل حكم المادة ٣٠ من النظام المشار إليه؛ حيث تنص المادة على أنه: "من الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة ما يلي: الرشوة، التزوير، هتك العرض، خيانة الأمانة، الاختلاس، النصب والاحتيال، جرائم المخدرات؛ وذلك لأن الموظف يفصل بقوة النظام في حالات منها: حالة ما إذا حكم عليه بالسجن أيا كانت مدته في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة؛ فلا يصح أن يفهم من النص المشار إليه، والذي أورد الجرائم المخلة بالشرف على سبيل التمثيل لا الحصر؛ أن أي جريمة أخرى لا تكون مخلة بالشرف؛ حيث يوجد تنظيم إجرائي آخر لعرض أي جريمة أخرى على لجنة مختصة لتقرر ما إذا كانت مخلة بالشرف أو الأمانة أم لا.

[2]- سورة النساء: آية ٢٣.

[3]- سورة المائدة: آية ٣.

فهمت على أن المقصود هو تحريم الزواج بالأمهات. والصيغة الثانية أيضا لا تصح ولا تستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم المقصود فيها هو تحريم الأكل؛ فكلاهما يعد مفهوم اقتضاء[1].

٢- وضوح الدلالات وغموضها:

يمكن تقسيم النصوص التشريعية من حيث قوة دلالتها إلى نص واضح الدلالـة، ونص غامض الدلالة، ونص معيب لانطوائه على خطأ مادي أو قانوني.

(أ) النص الواضح الدلالة:

هو النص الذي يدل على المراد من صيغته دلالة واضـحة، دون توقـف علـى الاستعانة في سبيل فهم المقصود منه على أمر خارجي.

وقد قسم علماء أصول الفقه أنواع النص الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام هي:

المحكم (وهو أوضح النصوص دلالة)، يليه المفسر، ثم النص، ثم الظاهر. فـإذا تعارض ظاهر ونص رجح النص، وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر، وإذا تعارض مفسر ومحكم رجح المحكم؛ لأنه أقوى دلالة، فضلاً عن أن المحكـم لا يقبـل التأويـل؛ بمعنى أنه لا يقبل صرفه عن ظاهر، بخلاف الأنواع الأخرى إذا تتفـاوت فـي درجـة قابليتها للتأويل[2].

والظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة؛ بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية؛ مثل قوله تعالى: ﴿**وإن خِفْتُم ألا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامى فَـانكِحوا مـا طَاب لَكُم من النساءِ مثْنَى وثُلَاثَ ورباع فَإِن خِفْتُم ألا تَعدِلُوا فَواحِدةً**[3]﴾؛ فهذا النص يدل بظاهره على إباحة تعدد الزوجات، وعلى أن العدد لا يصح أن يزيد على أربع، وعلى أن العدالة شرط لإباحة التعدد من ناحية الدين؛ لأنها من الأمور النفسية للزوج الرجل. ومثال آخر من قوله تعالى: ﴿**وأحل ا ُ البيع وحرم الربا**[4]﴾؛ فالنص يدل بظاهره – دون حاجة إلى قرينة خارجية - على إحلال البيع وتحريم الربا.

=

1- عودة: مرجع سابق، ص ١٨٩.

2- لمزيد من التفصيل، انظر: عودة: مرجع سابق، ص ١٨٩ وما بعدها؛ أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٢٦٠ وما بعدها؛ والصدة: مرجع سابق، ص ٢٨٩ وما بعدها.

3- النساء.

4- البقرة: آية ٢٧٥.

أما **النص؛** فهو ما دلت صيغته على معناه من السياق، وهو أقوى مرتبـة مـن الظاهر، ومثاله أيضا: ﴿**وأحل ا ُ البيع وحرم الربا**﴾[١]؛ فهذا نص يفهم من سياقه نفـي المماثلة بين البيع والربا، وكذلك كل نصوص الحدود والقصاص والديات، الـواردة فـي الكتاب أو في السنة.

وأما **المفسر؛** فهو ما دلت صيغته على معناه من السياق، وقد بين معناه من دليل آخر. وقد يرد المفسر مجملاً غير مفصل، ثم يلحق به ما يفصل إجماله. ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿**فَدِيةٌ مسلمةٌ إلى أهلِـه**[2]﴾، وقوله: ﴿**ولا تَقْتُلُـوا الـنفْس التِـي حـرم ا ُ إلا بِالْحق**[٣]﴾. فهنا وردت السنة لتفصل مجمل الآيتين؛ حيث بينت مقدار الدية، وحـدودها، وأنواعها؛ فكانت السنة مفسرة للنص المجمل؛ ولذا سمي بالمفسر. كما بينت السنة مجمل آية القتل المشار إليها؛ فعن عبد ا بن مسعود رضي ا عنه قال: قال رسـول ا ﷺ: ﴿**لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله إلا ا ، وأني رسول ا ، إلا بإحـدى ثـلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة**[4]﴾.

واللفظ المفسر أقوى في دلالته من الظاهر والنص، وهو لا يحتمل التأويـل، ولا التخصيص، ولكنه يحتمل النسخ.

وأما **المحكم** فهو كالمفسر؛ حيث تدل صيغته على معناه من السياق، ولا يحتمـل التأويل ولا التخصيص، ولكنه يختلف عن المفسر، من زاوية عدم قابليته للنسخ.

ومثاله قوله ﷺ: ﴿**الجهاد ماض إلى يوم القيامة**﴾، وقوله تعالى: ﴿**ولا تَقْبلُوا لَهم شَهادةً أَبدا**﴾.

وسبب عدم القابلية للنسخ يكون أحيانًا من ذات النص؛ كما هو الحال فـي الآيـة السابقة من التعبير بأبدا، وفي قوله عليه الصلاة والسلام: ﴿الجهـاد مـاض إلـى يـوم القيامة﴾. كما قد يكون عدم القابلية للنسخ؛ لوفاة النبي ﷺ، من غير أن يثبت بأي طريـق من طرق الثبوت نسخه. ويسمى النوع الأول "محكما لعينه"، والنـوع الثـاني "محكمـا لغيره"[5].

(ب) النص الغامض الدلالة:

=

1 - نفس السورة والآية.

2- النساء: آية ٩٢.

3 - الأنعام، آية ١٥١.

4- رواه الجماعة.

5- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٦٤؛ عودة: مرجع سابق، ص ١٩١.

هو النص الذي لا يدل على المعنى المراد منه دلالة واضحة، ويحتاج إلى أمـر خارجي للاستعانة به في فهم المعنى المقصود منه؛ بيد أنه قد لا يتضح المعنى مطلقًا لأن النص غير واضح في ذاته، وهذا النوع اختص به علم ا تعالى، ولا يدخل – بحمـد ا - في باب التكليفات؛ كالحروف المقطعة في أوائل بعض السور القرآنيـة؛ مثـل: "ص"، "كهيعص"، "حم"، "ألم"... إلخ[١].

وقد قسم العلماء الألفاظ أو النصوص الغامضة إلى أربعة أقسام، تقابـل أقـسام النص الواضح الدلالة؛ وهي: الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

والخفي في الاصطلاح؛ هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظـاهرة، ولكـن فـي انطباق معناه على بعض الحالات التي من جنسه غموض وخفاء، يحتاج إلى نظر وتأمل. ومثال ذلك لفظ "السارق" الوارد في آية السرقة؛ فهو لفظ خفي لما فيـه مـن غمـوض وخفاء، إذا ما أردنا تطبيقه على الطرار (النشال)، والنباش (سارق الأكفان)؛ لأن السارق بحسب الأصل هو كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله، والنشال يأخذ المـال مـن حاضر يقظ، معتمدا على خفة يده ومسارقة الأعين؛ فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه؛ هو جرأة المسارقة، ولذلك سمي باسم خاص، وكذلك النباش؛ فهو يأخذ ما ليس ملك أحـد على رأي، أو يأخذ من غير حرز على رأي آخر؛ فلفظ السرقة بالنسبة لكليهما لفظ خفي وغامض، يحتاج إلى بحث واجتهاد لإزالة الخفاء والغموض؛ ولذلك فإن القاضي إذا رأى أن اللفظ يتناولهما ولو بدلالة أو مفهوم الموافقة – كما أوضحنا - جعلها مـن مـدلولات اللفظ، وطبق عليهما حكم السرقة. والذي حدث في هاتين المسألتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار النشال سارقًا، ولكنهم اختلفوا في اعتبار النباش كذلك[2]. ومثال ذلك أيضا خفاء لفظ المنقول عند تطبيقه على سرقة التيار الكهربائي[3].

=

[1] - المرجع نفسه.

[2]- عودة: مرجع سابق، ص ١٩٢.

ويذكر المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة، في الجزء الثاني من التشريع الجنائي الإسـلامي (ص ٥٧٠)، أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الإنسان يعتبر حرزا؛ كل ما يلبسه أو يحمله من نقـود أو غيرهـا؛ أو بتعبير آخر يعتبر كل ما يلبسه الإنسان أو ما يحمله من نقود وغيرها محرزا بحافظ وهو الإنسان؛ فحكم النشل أنه سرقة تقطع بها يد النشال.

[3]- وقد انتهت محكمة النقض المصرية إلى اعتبار التيار الكهربائي منقولاً؛ حيث يمكن ضبطه وحيازته، وطبقت على اختلاسه حكم السرقة.

والمشكل هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولكن يحتاج إلى الاستعانة بعامل خارجي. وقد ينشأ الإشكال من لفظ مشترك يرد في النص؛ مثل لفظ "عين"؛ فإنه يدل على الجارحة، وعين المال، والذات، والجاسوس، ولفظ "قرء"؛ فقد فسره الشافعية بأنه الحيض، وفسره الحنفية وغيرهم بأنه الطهر.

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض، بأن يكون كل نص في حد ذاته ظاهر الدلالة على معناه، ولا إشكال فيه، ولكن الإشكال يظهر عند مقابلة هذه النصوص بعضها ببعض، ومحاولة التوفيق والجمع بينها. ويتم إزالة الإشكال بالاجتهاد واتباع طرق التفسير وقواعده التي سنوردها حالاً.

أما **المجمل**؛ فهو اللفظ أو النص الذي لا بد لفهم معناه من مبين؛ كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام، وقد جاء الأمر بها مجملاً، وبينته السنة النبوية الشريفة عملاً وقولاً. ويصبح المجمل مفسرا واضح الدلالة لا يحتمل التأويل متى تناوله البيان. وإذا كان البيان الذي أدخل عليه غير وافٍ صار مشكلاً، وفتح الباب للبحث والاجتهاد لإزالة إشكاله.

ومن المجمل في مجال الجنايات لفظ "الدية"، وقد فصلت السنة أحوالها ومقدارها، ونص "والجروح قصاص"؛ حيث بينت السنة أحكام الشجاج المختلفة.

وأما **المتشابه**؛ فهو النص أو اللفظ الذي يخفى معناه، ولا تسعف أي وسيلة خارجية في بيانه، والكشف عن حقيقة المراد منه. ومن أمثلته الحروف المقطعة التي تبدأ بها بعض سور القرآن الكريم.

وقد تباينت أقوال الفقهاء في المتشابه؛ فذهب البعض إلى أنه لا وجود له قط في الآيات التي اشتملت على التكليف وبيان الأحكام التي هي قوام الشريعة الإسلامية؛ فكلها بين واضح إما في ذاته، وإما ببيان النبي[1] ﷺ؛ حيث قال: ﴿**تركتكم على المحجة البيضاء التي ليلها كنهارها**[2]﴾. بينما يرى البعض الآخر أن المتشابه موجود في بعض النصوص، مثل قوله تعالى: ﴿**يد الله فَوقَ أيديهم**[3]﴾، ومثل قوله تعالى: ﴿**الرحمن على الْعرش استَوى**[4]﴾، وهكذا. فضلاً عما قاله ابن حزم من أنه لا متشابه في القرآن، إلا في

=

1- أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٧٦.

2- رواه أحمد وابن ماجة.

3- الفتح، آية ١٠.

4- طه، آية ٥.

الحروف المقطعة في أوائل السور، وأقسام القرآن؛ أي قسم ا تعالى، في مثل قوله تعالى: ﴿**لَا أُقْسِمُ بِيَوْمِ الْقِيَامَةِ**[1]﴾، وقوله تعالى: ﴿**لَا أُقْسِمُ بِهَذَا الْبَلَدِ**[2]﴾.

(ج) النص المعيب[3]:

يكون النص معيبا إذا انطوى على خطأ قانوني، أو خطأ مادي. والخطأ القانوني هو ما يقع من اضطراب فني قانوني في حكم النص بغير قصد، وتدل على وجوده القواعد العامة؛ وهي الوسيلة التي يلجأ إليها لتصحيحه على هدي منها. أما الخطأ المادي فهو الذي يقع بإحلال لفظ محل لفظ في النص، أو بإغفال لفظ كان يجب ذكره. ويضيف البعض إلى صورتي النص المعيب المشار إليهما ثلاث صور أخرى هي: صورة النص الغامض، وصورة النص الناقص، وصورة النص المتعارض مع نصوص أخرى.

أما **النص غامض الدلالة؛** فقد أوضحنا ما يراد به في الصفحات المتقدمة، وأوضحنا أنواعه بحسب سبب غموضه؛ وهي: "الخفي، المشكل، المجمل، والمتشابه"، وبينا المقصود بكل نوع من هذه الأنواع مع ضرب الأمثلة. وأما **النص الناقص** فيراد به في المجال الجنائي النص الذي لا يتناول شقي القاعدة الجنائية بالبيان؛ كأن يذكر شق التكليف دون شق العقاب، في غير الحالات التي يكون فيها إحالة بشأن الجزاء؛ كما يعتبر نصا ناقصا النص الذي يقرر عقابا لجريمة مجهلة العناصر[4]. وحكم النص الناقص أنه يتعين على القاضي أن يستبعده، وأن يقضي بالبراءة إذا ما عرض عليه الأمر؛ لأنه لا يملك أن يكمله.

ونأتي الآن إلى **النص المتعارض** مع غيره من النصوص؛ ومثاله ما ورد في المادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير بالمملكة العربية السعودية[5]؛ حيث عاقبت هذه المادة على تزوير حفائظ النفوس بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين، والغرامة من مائة

=

1- القيامة، آية ١.

2- البلد، آية ١.

3- الصدة: مرجع سابق، ص ٢٩٧؛ عبد المنعم البدراوي: مبادئ القانون، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٤٨.

4- ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادتان ٣٥٠، و٣٥١ من قانون العقوبات المصري؛ بشأن الاعتداء على الملكية الفنية والأدبية. وقد كانت المادتان المذكورتان تنصان على عقوبة للاعتداء على حق المؤلف، بينما لم يبين النص ظروف أو شروط اكتساب الملكية الفنية أو الأدبية، أو لم يحدد العنصر الجوهري المقصود بالحماية في هذه الجريمة؛ وهو ما فطن إليه وتداركه واضعو القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، الذي حل محل النصين المذكورين (انظر: د. علي راشد: القانون الجنائي، ص ١٥١).

5- الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤، وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦، والمعدل عام ١٣٨٢، و١٣٩٢ هـ.

ريال إلى ألف ريال. وكانت المادة ٢١ من نظام دائرة النفوس[1]؛ تنص على عقاب من يزور في هذه الحفائظ بالغرامة من مائة إلى ألف قرش، والحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر.

ومن هنا حدث التعارض بين النصين وظل قائما، حتى صدر مرسوم ملكي[2] ليرفعه؛ وذلك بالنص على عقوبة جديدة هي الغرامة من مائة إلى ألف ريال، والحبس من شهر إلى سنة، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وقصر هذا المرسوم تطبيق حكمه على حالات تزوير الحفائظ التي لا يؤدي فيها التزوير إلى إلحاق ضرر بالغير، أو التي لا يكون التزوير فيها بقصد الإضرار بالغير، فإذا ثبت ذلك تعطل حكم هذا المرسوم، وطبقت المادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير.

٣- اشتراك الألفاظ أو النصوص وعمومها وخصوصها[3]:

وقد أشرنا من قبل –عند الكلام على اللفظ المشكل؛ إلى اللفظ المشترك، الذي يدل على معنيين أو أكثر؛ كلفظ "عين"، ولفظ "قرء". **والاشتراك** قد يكون بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي، وقد يكون بين أكثر من معنى من المعاني اللغوية.

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحي؛ وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوي؛ بأن وجد دليل يصرف اللفظ عن معناه الاصطلاحي.

وإذا كان الاشتراك بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية؛ وجب حمل اللفظ على معنى واحد منها بدليل يعينه؛ لأن واضع النص لا يقصد إلا أحد معانيه.

فلفظ "لائحة"، ولفظ "قرار"، ولفظ "حد"، ولفظ "قصاص"؛ كلها ألفاظ لها معانيها الاصطلاحية. ولفظ "ليل" له أكثر من معنى لغوي يشترك فيها جميعا، وليس له معنى اصطلاحي؛ ولذا تجتهد المحاكم لتحمله على معنى واحد فقط يتفق مع الغايات المقصودة من وراء النصوص الجنائية التي تشتمل عليه؛ فذهب رأي إلى أن معنى الليل هو الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها، بينما ذهب رأي آخر إلى أن المقصود بالليل هو الفترة التي يخيم فيها الظلام؛ لأن هذا المعنى هو الذي يتفق مع حكمة النص الجنائي؛ وهي أن

=

[1]- الصادر بالموافقة الملكية رقم ٨١٧٢، وتاريخ ١٣٥٨/٧/١٥ هـ.

[2]- المرسوم رقم م/٣، وتاريخ ١٣٩٢/١/١٣ هـ.

[3]- عودة: مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها؛ الصدة: مرجع سابق، ص ٢٩٥.

الليل – كظرف مشدد في السرقة - يجعل السرقة أشد خطرا؛ نظرا إلى أنه ظرف يسهل للسارق ارتكاب جريمته، ويجعل من الصعب على المجني عليه أن يحمي نفسه[1].

أما عن **اللفظ أو النص العام؛** فيمكن القول بأن اللفظ العام هو ما وضع لمعنـى واحد يتحقق في أفراد كثيرين؛ كلفظ "كل"، ولفظ "جميع". أما النص العام؛ فهو النص الذي يقرر أصلاً عاما. وقد يكون هذا الأصل العام في شكل قاعدة قانونية، ينشئها النص لأول مرة، أو يوردها كما كانت عليه في تشريع سابق، وقد يكون متضمنًا لحكم قاعدة كليـة؛ ففي الحالة الأولى يكون النص عاما منشئًا للحكم العام، وفي الحالة الثانية يكون مقررا.

ومثال النص العام المتضمن قاعدة قانونية منشئة؛ النص الجنائي الذي يعاقب كل من يخفي مجرما من العدالة، والنصوص التي تحدد أحوال الإباحة، والنصوص التي تعين الحدود الدنيا والقصوى للعقوبات، في مجموعات الأحكام الجنائية العامة.

أما النص العام الذي يتضمن تقريرا لمبدأ كلي عام؛ فمثاله النصوص التي تـردد المبادئ العامة؛ مثل:

- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.
- مبدأ الأصل في الإنسان البراءة.
- مبدأ الضرورات تبيح المحظورات.

وحكم النص العام أنه يبقى على عمومه حتى يقوم الدليل على تخصيصه.

وأما عن اللفظ أو النص الخاص، فنقول إن اللفظ الخاص يراد به قـصر اللفـظ على بعض أفراده، بعد أن كان عاما، ولا يكون التخصيص إلا بدليل.

أما **النص الخاص؛** فنقول إن اللفظ يراد به قصر اللفظ على بعض أفراده فقط بعد أن كان عاما، ولا يكون التخصيص إلا بدليل.

أما **النص الخاص؛** فيراد به ذلك النص الذي يعالج حالـة مـن جـنس حـالات عولجت في نص عام، أو هو ذلك النص الذي يستأثر بمعالجة حالة معينة – فـي إطـار نص عام - استئثارا يحول دون تعدية حكمها بالقياس إلى حالة أخرى.

ومثال النص الخاص الذي يعالج حالة من جنس حالات عولجت في نظام عام أو في إطار نصوص عامة؛ النص اللائحي، الذي يصدر تنفيذًا لنص عام، ونصوص اللوائح الخاصة بفئات معينة من الأفراد، والتي تكون صادرة في إطار أحكام عامة.

=

[1]- الصدة: نفس المرجع، ص ٢٩٦.

ومثاله كذلك النص الخاص الذي يقرر عذرا للزوج الذي يفاجئ زوجته وهي متلبسة بالزنى؛ وهو نص يرد في غالبية التشريعات الجنائية الوضعية ليخفف العقوبة عن الزوج[1]؛ فهذا العذر كان من الممكن أن يعالج ضمن الأحكام العامة لجريمة الزنى، أو الأحكام العامة للقتل، ولكنه استقل ليسود على القواعد العامة بما ورد بشأنه من حكم خاص. وهذا النوع من النصوص؛ يمكن القياس عليه فيما هو أصلح للمتهم، لا فيما هو

=

[1]- ولقد اعتبر هذا العذر من الأعذار المعفية لا المخففة من العقاب في مجال الفقه الإسلامي؛ وذلك لدى جمهور الفقهاء، وذكروا في ذلك واقعة حدثت في عهد عمر بن الخطاب، وموجزها أن رجلاً دخل على عمر، وفي يده سيف ملطخ بالدماء، ووراءه قوم يعدون، وقالوا لعمر: هذا قتل صاحبنا. فسأل عمر الرجل عما يقولون فقال: يا أمير المؤمنين، إني ضربت فخذي امرأتي؛ فإن كان بينهما أحد فقد قُتل. فالتفت إليهم عمر ﷺ وقال: ماذا يقول؟ فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذ المرأة. فأخذ عمر سيف الرجل فهزه ثم دفعه إليه، وقال: "إن عادوا فعد"، وأهدر دم القتيل.

انظر: ابن قدامة: المغني، جـ ١، ص ٣٣٦؛ أبو زهرة، جـ ١، ص ٥٢٢.

وتأسيسا على هذه الواقعة ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أن الزاني غير المحصن إذا قتل في حالة التلبس فلا عقوبة على قاتله. ويعلل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالاستفزاز الذي يدفع الشخص للقتل. وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية؛ فإن كانت المزني بها أجنبية فلا يباح القتل، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل؛ لأن الزنى بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنى بأهله من زوجه أو أم أو أخت... إلخ.

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز؛ وإنما يعللونها بوجوب تغيير المنكر، والقتل في حالة التلبس بالزنى تغيير للمنكر باليد؛ وهو واجب على من استطاعه. وأصحاب هذا الرأي لا يفرقون بين الزنى بأجنبية عن الشخص أو الزنى بقريبة له؛ وهذا هو الراجح في المذاهب الثلاثة.

أما الشافعي فلا يرى قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس، إلا إذا لم يمكن منعه من الجريمة إلا بالقتل، سواء أكانت هنا كحالة استفزاز أم لا؛ لأن الاستفزاز عنده لا يبيح القتل، ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل، إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر. على أن بعض الشافعية يرى قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس ما دام قد أولج؛ لأنه مواقع في كل لحظة.

أما بالنسبة للزاني المحصن، سواء أكان في حالة تلبس أم لا، فما دام قد اقترف الزنى وثبت عليه شرعا؛ فمن المتفق عليه عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أنه ليس على قاتله قصاص ولا دية؛ لأنه يصبح بزناه مباح القتل، وقتله يعتبر واجبا لا بد منه إزالة للمنكر، وتنفيذًا لحدود ا . ويتفق الرأي الراجح في مذهب الشافعي مع هذا الرأي. أما الرأي المرجوح في مذهب الشافعي فيرى أصحابه أن قاتل الزاني المحصن يقتل به؛ لأنه قتله لغيره، كما لو قتَل القاتل غير ولي الدم، ولكنه رأي مردود عليه بأن مركز الزاني هنا غير مركز القاتل؛ فالزاني مباح الدم للجميع، أما القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولي الدم.

(أبو محمد عبد ا بن قدامة: المغني. القاهرة، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨، الجزء العاشر، ص ٣٥٣ وما بعدها؛ البهوتي: كشف القناع، جـ٥، ص ٥٣١؛ أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٥٥٢؛ عودة: مرجع سابق، ص ٥٣٨ وما بعدها).

أسوأ له؛ فيجوز تعدية حكمه إلى حالات أخرى مشابهة؛ ولذا يسمى بالنص الخاص بالمعنى الواسع، تمييزا له عن النص الخاص بالمعنى الضيق الذي لا يمكن تعدية حكمه إلى أي حالة أخرى[1].

ويختلف النص الخاص بهذا المعنى عن النص الاستثنائي؛ الذي يخرج بحكمه عن حكم النص العام ويخالفه؛ بل يأتي – كذلك - بحكم على نقيض الحكم العام على سبيل الاستثناء، بينما لا يعد النص الخاص خروجا أو مخالفة لحكم النص العام الذي يدور في إطاره. ومثال النص الاستثنائي؛ النص الذي يستثني من العقاب الزوجة والأقارب، الذين يخفون مجرمهم من العدالة.

وحكم النص الخاص أنه يتعين العمل به على تخصيصه، مع تقديمه على النص العام عند التعارض. أما النص الاستثنائي؛ فينبغي أن يعمل به في أضيق نطاق، ولا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره.

وهنا نكون قد انتهينا من عرض ما يتعلق بالأسلوب اللغوي للتفسير؛ من حيث بيان دلالات العبارات والألفاظ (أي مفهوماتها)، ومدى وضوح الدلالات وغموضها، ومن حيث اشتراك الألفاظ والنصوص، وعمومها وخصوصها. فالقانون من حيث تفسيره يتضمن إحالة ضمنية إلى أصول اللغة والمنطق.

ثانيا: أسلوب التفسير المنطقي[2]:

يعتمد هذا الأسلوب المنطقي – في الكشف عن الغايات الحقيقية المقصودة من وراء النصوص – على **عناصر ثلاثة هي**:

١- حكمة النص: ويراد بها الغاية التي يهدف النص إلى تحقيقها بالنظر إلى طبيعة المصلحة التي يهدف النص إلى حمايتها، أو طبيعة المفسدة التي يهدف النص إلى دفعها. فكثيرا ما يفيد الوقوف على هذه الغاية في التعرف على حقيقة معنى النص، ما لم تكن ألفاظه أو عباراته واضحة الدلالة على معنى معين، على التفصيل الذي أوضحناه فيما سبق.

٢- طبيعة الصلة بين القاعدة أو القواعد التي يتضمنها النص، وقواعد الفروع القانونية الأخرى؛ فرغم اختلاف فروع القانون، إلا أنها متكاملة منسقة فيما بينها في

=

[1]- ومثال ذلك نص حديث رسول الله ﷺ: «لا يرث القاتل» فهذا الحكم لا يمكن القياس عليه بتعدية حكمه إلى حالة الشروع في القتل، أو حالة التسبب في حدوث عاهة مستديمة للمورث.

[2]- راجع: رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١١٩ وما بعدها.

إطار نظام قانوني واحد، له طبيعته المميزة له، وسماته التي تساعد إلى حد كبير على تحديد المعنى المقصود والملائم للنص. ويجب الوقوف على طبيعـة هـذه الـصلة، ومراعاة ما يقتضيه الضمير الخلقي الاجتماعي الذي يعبر عنـه الـنص، ومراعـاة الوضع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي للدولة بوجه عام.

٣- العنصر التاريخي: ويراد به أصل القاعدة أو القواعـد التـي تـضمنها الـنص، والتطور الذي أصابها على مر الزمن. ويفيد في الوقوف على هذا العنصر التاريخي الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، والمصادر التاريخية. أما الأعمال التحضيرية فيراد بها مجموعة الوثائق التي سبقت أو عاصرت وضع النـصوص التـشريعية المـراد تفسيرها، وهي تشمل محاضر المناقشات السابقة على وضع مـشروع القـانون (أو النظام)، والمشروع ذاته، ووثائق محاضر جلسات مناقشات نصوص هذا المـشروع في مراحله المختلفة، والتقرير الذي يرفع به المـشروع إلـى الـسلطة التـشريعية (التنظيمية) المختصة بإصداره؛ لأنه يتضمن خلاصة النتائج التـي تمخـضت عنهـا عملية إعداد وصياغة وضبط نصوص المشروع، خالية من الآراء المختلفـة التـي أبداها المساهمون في وضعها خلال مراحل إعـداده وصـياغته. وتعتبـر المـذكرة الإيضاحية أو التفسيرية في حكم الأعمال التحضيرية، وتفيد كثيرا في التعرف علـى الغايات المقصودة من وراء النصوص؛ فهي البيان الذي يكتب عن مشروع القـانون (النظام) قبل إصداره، وهي تكتب عادة بشيء من التفصيل؛ لتوضيح المبررات التـي دعت إلى إصدار القانون، والأفكار العامة والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها فلـسفة نصوصه. وقد تقع هذه المذكرة في صفحة واحدة، كما قد تقع في عدد من الصفحات قد يفوق الخمسين صفحة[1] في بعض الأحوال. ومن الجـدير بالـذكر أن المـذكرة الإيضاحية لا تعد جزءا من القانون (أو النظام) حتى لو أرفقت معه، وبالتالي لا تكون ملزمة لجهات التطبيق أو التنفيذ؛ إذ قد يخطئ واضعها، فضلاً عما قد تتضمنه مـن إشارة إلى أفكار أو اتجاهات قد تصبح فيما بعد غير متسقة مع ما قـد يـدخل علـى القانون (النظام) من تعديلات.

=

[1]- فالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦م، بإصدار قانون الأحكام العسكرية المصري تقع في ثلاث وخمسين صفحة، بينما تقع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ في مائة وثلاث عشرة صفحة.

المقارنة بين أسلوبي التفسير اللغوي والتفسير المنطقي[1]:

لا صعوبة إذا تطابق التفسير المنطقي في نتيجته مع التفسير اللغوي؛ ولكن هـذه الصعوبة قد تثار إذا تباين التفسيران. وهنا يرجح التفسير المنطقي؛ لأنه الأولى بالاعتبار من التفسير اللغوي.

ولإيضاح ذلك نعرض لصورتين للتفسير المنطقي عندما يختلف عـن التفـسير اللغوي؛ أولاهما صـورة التفـسير المنطقـي المـضيق، وثانيهمـا صـورة التفـسير المنطقي الموسع.

فالتفسير المضيق (أو المقيد) يقوم فيه المفسر بالحد من سعة العبارات والألفـاظ التي يشتمل عليها النص، عندما يلاحظ أن النص قد عبر عن الغايات المقـصودة بـأكثر مما ينبغي من الألفاظ والعبارات، أو أن الألفاظ تحتمل من المعاني أكثر مما هدف إليـه النص، إذا ما طبقنا المعنى اللفظي أو اللغوي. ومثال ذلك الألفاظ الـواردة فـي مجـال التزوير؛ فهي تدل على أن تغيير الحقيقة في محرر يعاقب عليه في ذاته، بوصـفه كـذبا مكتوبا، وفي كل الأحوال. فوفقًا للمدلول اللغوي للألفاظ الواردة في هذا الخصوص؛ يقـع تحت طائلة العقاب من يقلد خط شخص في وثيقة ما لمجرد إثبات براعتـه فـي تقليـد الخطوط؛ وذلك لعموم الألفاظ المشار إليها، وعدم تمييزها وتخصيصها؛ وهي نتيجة غير مقبولة، ولا تتفق مع الغاية من المعاقبة على التزوير؛ ولذا يـسعف التفـسير المنطقـي المضيق لألفاظ نصوص التزوير؛ حيث يقترن التفسير المضيق بوضع شرط للعقاب هنا، مؤداه أن يكون من غير الحقيقة في محرر قد فعل ذلك بنيـة اسـتعمال المحـرر فـي الاحتجاج به على الغير.

وقد يؤدي عموم الألفاظ والعبارات إلى القول بالشك في حقيقة المقصود من وراء النصوص. وهنا لا محل للتمسك بقاعدة "أن الشك يفسر لمـصلحة المـتهم"؛ لأن مجـال إعمال هذه القاعدة محصور في نطاق الوقائع وطرق إثباتها، لا فـي نطـاق القـانون؛ فالقاضي الجنائي وهو يفحص واقعة الدعوى ومدى اتصال المتهم بها؛ يكـون عليـه أن يبني اعتقاده ورأيه على اليقين، فإذا حام الشك في هذا الصدد؛ يكون من المتعـين عليـه تطبيق القاعدة الموضحة آنفًا، والحكم ببراءة المتهم. أما فـي نطـاق تفـسير نـصوص

=

[1] - انظر في التفصيل: رمسيس بهنام: نفس المرجع والموضع.

القانون؛ فلا محل للأخذ بهذه القاعدة لأن إثارة أي شك حول معـاني النـصوص أمـر ميسور، وخاصة في حالة التمسك بالمدلول اللغوي[1].

أما التفسير المنطقي الموسع (أو المفسح)؛ فيقوم فيه المفـسر بمحاولـة إظهـار المدلول الحقيقي للنص، عندما يتضح أن المدلول اللغوي لألفاظ أو عبارات النص جـاء قاصرا في ظاهره عن الإحاطة بالمعنى الحقيقي والغايات المبتغاة من وراء النص.

ومثال ذلك المدلول اللغوي للفظ "منقول" كمحل للسرقة. فالمنقول وفقًـا للمـدلول اللغوي لهذا اللفظ هو: كل شيء قابل للمس والنقل من مكان إلى آخر. وإذا طبقنـا هـذا المعنى اللغوي على الكهرباء لصعب الأمر؛ لعدم قابليتها للمس، ولما أمكن معاقبـة مـن يختلس التيار الكهربائي؛ وهي نتيجة لم يقصدها واضع النصوص. لذلك جرى القـضاء على أنه يكفي أن يكون محل السرقة شيئًا له قيمة، وإن لم يكن مجسما؛ والكهرباء كذلك، وهي قابلة للنقل وإن لم تكن قابلة للمس، وكان اتجاه القضاء تطبيقًـا للتفـسير المنطقـي الموسع (المفسح).

ومثال ذلك أيضا أن النصوص التي ترد في شأن الظروف القـضائية المخففـة (كنص المادة ١٧ من قانون العقوبات المصري) تتكلم عن ظروف الرأفة، وظاهرها أنها تطبق فقط عند قيام ظروف معاصرة لارتكاب الجريمة[2]؛ وذلك وفقًا للمـدلول اللغـوي لعبارة النص التي تقول: ".. إذا اقتضت أحوال الجريمة.. رأفة القضاة..". وهـو مـا لا يمكن التسليم به؛ لأن ما يتفق مع غاية النص هو شمول عبارة النص لمختلف الظـروف التي تتعلق بالجريمة السابقة منها والمعاصرة واللاحقة[3].

التفسير الموسع والتفسير بطريق القياس:

يختلف التفسير المنطقي الموسع أو المفسح عن التفسير بطريق القيـاس؛ فمـن زاوية إن التفسير المنطقي الموسع مسموح به في الإطار الذي أوضحناه فيما سبق، دون تعارض مع الأصل الذي يقرر وجوب التزام التفسير الضيق في مجال المواد الجنائيـة. أما القياس فهو غير جائز في مجال التجريم والعقاب كقاعدة عامة؛ ولذلك فإن القاضـي الجنائي يختلف عن القاضي المدني بما يفرض عليه من قيود عند الفـصل فـي قـضية معروضة عليه؛ فبينما يستطيع القاضي المدني أن يحكم في حالة انعـدام الـنص وفقًـا

=

1- رمسيس بهنام: نفس المرجع، ص ١٢٢.

2- ومثال الظروف المعاصرة لارتكاب الجريمة – في هذا الصدد - الاستفزاز الشديد في جناية القتـل، وتفاهة الضرر المترتب على الجريمة، وحداثة سن الجاني.

3- محمود مصطفى: القسم العام، ص ٨٤؛ رمسيس بهنام: نفس المرجع، ص ١٢٥.

للقانون الطبيعي، ومبادئ العدالة، والعرف (حيث يقضي باجتهاده الخاص)، كما يستطيع اتباع طريق القياس؛ فإن القاضي الجنائي على العكس من ذلك لا يملك اللجوء إلى القياس بحسب الأصل عند انعدام النص، مهما كان الفعل المعروض عليه مستهجنًا في نفوس أفراد المجتمع (مع مراعاة ما ذكرناه في هذا الصدد في باب التعزير). ولذلك فإن القاضي في هذه الحالة يتعين عليه أن يحكم بالبراءة.

ومع ذلك فهناك حالات يجوز فيها للقاضي الجنائي أن يسلك سبيل القياس في المواد الجنائية؛ وهي الحالات التي يتمخض فيها القياس لصالح المتهم؛ كأسباب الإباحة، وموانع المسئولية، وحالات تخفيف العقاب[1].

=

[1] - يراجع في تفصيل جواز القياس في هذه الحالات وغيرها بحثنا بعنوان: "الحكم حيث ينعدم النص الجنائي"، مجلة الإدارة العامة، الرياض، العدد ٢٢ لعام ١٩٧٨، ص ٤٣ وما بعدها.

المبحث الثالث

قواعد تفسير النصوص الجنائية

عرضنا فيما تقدم لأنواع التفسير، وأساليبه. ومن خلال عرض الأنواع وحكم كل نوع، والأسلوبين اللغوي والمنطقي؛ وقفنا على عدة حقائق، سنستعين بها حتما في هـذا المبحث لصياغة القواعد التي تتبع في تفسير النصوص الجنائية، سواء أكان المفسر فقيها أم قاضيا. وفيما يلي أهم هذه القواعد[1].

١ - الأصل في تفسير النصوص الجنائية هو تفسيرها تفسيرا ضيقًا:

وهنا نفرق بين حالتين:

(أ) حالة سلامة النص ووضوحه:

وفي هذه الحالة يجب على القاضي أو الفقيه أن يطبق النص كما هو، مهما بـدت له نتائج هذا التطبيق؛ إعمالاً لقاعدة: "لا مسوغ للاجتهاد في مورد النص". ومع ذلك فإنه يتعين عليه أن يرجح الأسلوب المنطقي على الأسلوب اللغوي في التفسير، إذا كان هـو المؤدي إلى الغايات الحقيقية للنص؛ على التفصيل السابق بيانه.

(ب) حالة عدم سلامة النص:

لنقص أو لغموض أو لتعارض مع نصوص أخرى:

وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يحكم بالبراءة عند وجود نقص بـالنص؛ كالنص الذي يقرر عقابا لجريمة مجهلة العناصر، كما سبق أن أوضحنا.

أما إذا كان العيب بسبب غموض أو تعارض؛ فعلى القاضي أن يسعى إلى إزالة هذا الغموض أو التعارض باتباع الأساليب التي أوضحناها فيما سبق تفصيلاً؛ فله أن يتبع مقتضيات أسلوب التفسير اللغوي، وله أن يرجح عليه أسلوب التفـسير المنطقـي عنـد التباين. وقد عرفنا أن أسلوب التفسير المنطقي يعتمد على عناصر ثلاثة هي: الكشف عن حكمة النص، والبحث في طبيعة الصلة بين النص المراد تفسيره، ونـصوص القـوانين

=

[1] - انظر:

Merle et Vitu: Traité: op. cit., p. 127 et Suiv.

عن أساليب وطرق تفسير القانون الجنائي الفرنسي.

الأخرى في ذات النظام القانوني، واتباع أسلوب مقارنة النصوص، والبحث في أصل القاعدة من الناحية التاريخية. كما يعتمد هذا الأسلوب المنطقي على الأعمال التحضيرية للنص المراد تفسيره؛ بل يعتمد أيضا على القانون أو النظام الذي منه هذا النص. وقد عرفنا أن المذكرة الإيضاحية أو التفسيرية تعتبر في حكم الأعمال التحضيرية؛ فكل هذه العناصر تساعد المفسر حتما في الوقوف على غايات النص، ورفع أي غموض أو تعارض.

٢- لإزالة التعارض بين النصوص يتعين اتباع القواعد التالية[1]:

أ- **النص الأعلى يقدم على النص الأدنى** في سلم التدريج التشريعي؛ فنص القانون (النظام) يقدم على نص اللائحة.

ب- **النص اللاحق يلغي النص السابق** المساوي له في قوة الإلزام، أو الأدنى منه في سلم التدرج التشريعي، ويكون الإلغاء بأثر مباشر بحسب الأصل، كما سنرى عند الكلام على سريان النصوص الجنائية من حيث الزمان.

ج- **النص الخاص يقيد العام** المساوي له أو الأدنى منه؛ من حيث قوة الإلزام في سلم التدرج التشريعي؛ ذلك أن النص الخاص يضم – فضلاً عن العناصر الواردة في النص العام – عناصر إضافية تسمى بالعناصر المخصصة. ومثال ذلك ما يرد في بعض التشريعات في شأن السرقة المرتكبة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع؛ حيث تقرر هذه التشريعات حكما خاصا في هذا الصدد، مقتضاه عدم جواز معاقبة من يرتكب هذا النوع من السرقة. بيد أن هذه التشريعات تجيز تحريك الدعوى وفقًا للأحكام العامة للسرقة، بناء على طلب المجني عليه، الذي يجوز له أن يتنازل عن دعواه في أي حالة تكون عليها الدعوى، والذي يكون له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت يشاء[2].

=

[1]- انظر: سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٧٦٠ وما بعدها؛ الصدة، مرجع سابق، ص ٣٠٦؛ رمسيس بنهام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١٣٨ وما بعدها.

[2]- من هذه التشريعات: قانون العقوبات المصري، مادة ٣١٢.

وفي الفقه الإسلامي خلاف حول حكم السرقات من الأقارب، وموجز هذا الخلاف ما يلي:

أن الوالد – عند **الشافعي وأحمد** - لا يقطع بسرقة مال ولده، وإن نزل (أي وولد ولده، وهكذا)، وسواء في ذلك الأب والأم، والجد والجدة، والابن والبنت. وأساس ذلك قول الرسول ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"، وقوله: "إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه". ولا يقطع الابن (أو البنت) عندهما

(د) النص المستوعِب، يقدم على النص قصير المدى:

والنص المستوعِب هو النص الذي يعاقب على جريمـة متدرجـة، أو جريمـة مركبة. والجريمة المتدرجة هي التي تهدف إلى تحقيق قـرار إداري واحـد، ويقتـضي تنفيذها بحسب طبيعة الأمور التدرج من سلوك إلى آخر أكثر جسامة، في سبيل تحقيـق الهدف النهائي المكون للنتيجة الإجرامية. ومثال ذلك ما يحدث في مجال جريمة القتـل، حين يتدرج سلوك القاتل من ضرب إلى جرح للمجني عليه، إلى إزهاق روحه.

فإذا كان هناك تقنين لنصوص جرائم الاعتداء على الأشخاص؛ فلا يطبق في هذه الحالة نص جريمة الضرب، أو نص جريمة الجرح؛ وإنما يطبق نـص جريمـة القتـل فحسب.

أما الجريمة المركبة؛ فهي التي تتكون من عناصر يصلح كل عنصر منهـا فـي ذاته لتكوين جريمة. ومثالها من النظام الجنائي المصري جريمـة الـسرقة مـن محـل مسكون[1]. فالنص المتعلق بهذه الجريمة في القانون المصري يعد نصا مستوعبا؛ لأنـه يضم في ذاته عنصرين يصلح كل عنصر في ذاته لأن يكون جريمـة؛ فالعنـصر الأول سرقة، ولها نص خاص[2]، والعنصر الثاني انتهاك حرمة ملك الغير، وله نـص خـاص

بسرقة مال الوالد أو الوالدة أو الجد، أو الجدة؛ لأن النفقة واجبة. أما سائر الأقارب كالإخوة والأخـوات ومن عندهم، فيقطع الوالد بسرقة مالهم، ويقطعون بسرقة ماله.

وعند مالك لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع، ولكن إذا سرق الفروع من الأصـول قطعـوا بسرقتهم، وأساس ذلك عنده حديث: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾.

ويرى **بعض الشيعة الزيدية** رأي مالك، **كما يرى بعضهم** أنه لا قطع على الأصـول إذا سـرقوا مـن الفروع، ولا قطع على الفروع إذا سرقوا من الأصول، ولا قطع بين ذوي الأرحام المحارم.

وعند الحنفية لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم. وأساس ذلك من زاوية انعدام الحـرز؛ لأن المحارم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة، فيكون هناك إذن ضمني. ومن زاوية أخرى أن القطع بسبب السرقة هنا من شأنه أن يفضي إلى قطع صلة الرحم، وذلك حرام. والقاعدة الشرعية الأصولية أن "ما يفضي إلى الحرام حرام".

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع، وقطع الفروع إذا سـرقوا مـن الأصـول، ويرون أن حديث أنت ومالك لأبيك منسوخ بآيات المواريث.

أما عن السرقة بين الزوجين، ففي شأنها تفصيل فقهي عميق.

انظر التفاصيل: (عودة: مرجع سابق، جـ٢، ص ٥٧٦ وما بعدها).

[1]- المادة ٣١٧ من قانون العقوبات المصري.

[2]- المادة ٣١٨ من ذات القانون.

أيضا[1]. ولكن كلا النصين قصير المدى أو غير مستوعب، بخلاف النص الأول الـذي يعاقب على "السرقة من محل مسكون".

وتختلف الجريمة المركبة بالمعنى المشار إليه، عن الجريمة المتتابعـة الأفعـال. ففي المركبة عناصر الركن المادي، عبارة عن جرائم لكل منها ذاتية خاصة، بينما فـي الجريمة المتتابعة الأفعال، تعدد للجرائم والأوصاف، ويتم البحث عـن الجريمـة الأشـد وصفًا والأشد عقوبة، لتتم المساءلة على أساسها. ومثـال المتتابعـة الأفعـال، جريمـة الاختلاس التي تتم مقترنة بعدة تزويرات في محررات رسمية. فوفقا –لمبدأ التداخل كما سنرى- لا عقاب إلا عن جريمة واحدة، هي العقوبة الأشد، مادامت الأفعال قد اقترفـت، تنفيذًا لمشروع إجرامي واحد.

٣- الأصل هو عدم جواز اللجوء إلى القياس في المواد الجنائية:

اشرنا فيما تقدم إلى أن الأصل في المواد الجنائية – في حالة انعدام النص- عدم جواز القياس. ورتبنا على ذلك نتيجة مقتضاها، أن القاضي الجنائي، يتعين عليه في هذه الحالة أن يحكم بالبراءة[2].

واستثناء من هذا الأصل، فإن القياس جائز فيما ينفع المتهم، كأن يتم في مجـال الإباحة، أو تخفيف العقاب، أو في مجال موانع المسئولية، كما أشرنا.

ففي مجال الإباحة مثلا يضرب البعض مثلا لجواز القياس فيهـا، مـن قـضاء النقض المصري[3]، حيث قضى بأنه إذا هاجم شخص يمتطي جوادا، شخصا آخر، بقصد قتله، فإن المعتدي عليه إذا وجه فعل الدفاع إلى الحصان وقتله، لا يكون مـسئولاً عـن قتله، لا جنائيا ولا مدنيا لأن فعلته نتيجة حالة الدفاع الشرعي بطريق القياس مـن بـاب

=

1- المادة ٣٧٠ من ذات القانون.

2- بالنسبة لجرائم التعزيرية يوجد مبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة بلا دليل في التعزير". ومن المعلوم أنه قد صدرت عدة أنظمة جنائية بالمملكة العربية السعودية، وهنا يطبق بشأنها مبدأ الشرعية حيث: "لا اجتهاد مع ورود النص الصريح". وعلى القاضي الجنائي أن يلتزم بما ورد في هذه الأنظمـة مـن نـصوص للتجريم والعقاب. أما فيما يتعلق بالجرائم التعزيرية الأخرى التي لم تصدر بشأنها أنظمة مـن الـسلطة التنظيمية بالمملكة (بمراسيم ملكية بحسب الأصل)؛ فإن الاختصاص بشأنها ينعقد لجهة القضاء الشرعي صاحب الاختصاص الأصيل، وهو يمارس مهمته في إطار مبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة بلا دليـل فـي التعزير"، مع مراعاة ما أشرنا إليه من قبل عن الكلام على أساسيات النظام الجنائي الإسلامي في شـأن التعزير للمصلحة العامة.

3- محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٠٤.

أولى. فحالة الدفاع الشرعي كانت في هذه الحالة تخـول المعتـدي عليـه رد الاعتـداء بضرب أو جرح أو قتل المعتدي، ولكنه آثر اتباع أخف الوسائل إيذاء في دفع الاعتداء.

فالأباحة هنا ليست تطبيقًا لمقتضي النص الذي طبقته محكمة النقض المـصرية، وإنما هي مؤسسة على فكرة القياس الجلي (من باب أولى) وهو جائز في هذا المقام[1].

وفي مجال تخفيف العقاب، نضرب مثالاً لجواز القياس على الأعـذار القانونيـة المخففة[2]، بحال الزوج الذي يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنى، ولكن قبل أن نورد هـذا المثال، يجدر بنا ملاحظة ما ذهب إليه البعض[3]، من أن القواعد الجنائية المنظمة لأحكام التخفيف من العقاب، هي قواعد استثنائية، فلا يجوز القياس عليها. بيد أن أصحاب هـذا الرأي قد أجاوزوا صورة "القياس من باب أولى" أيضا، والذي يتم في إطار الاستثناء.

وبناء على ذلك يمكن القول، بجواز "القياس من باب أولى"، على الـنص الـذي يقرر تخفيف العقاب، بالنسبة للزوج الذي يفاجئ زوجته، حال تلبسها بالزنى، فإذا كـان النص يقرر التخفيف، إذا ما قتل الزوج زوجته هي ومن يزنـي بهـا، أو ضـربها، أو ضرب أحدهما ضربا أفضى إلى الموت، فإن الزوج يستفيد بالتخفيف –من باب أولـى- إذا ما اقتصرت ضربته على حد إحداث عاهة مستديمة، وأن كان النص لم يشر صراحة إلى ذلك[4].

=

[1] - يقول نص المادة ٢٤٥ عقوبات مصري: "لا عقوبة مطلقًا على من قتل غيره، أو أصابه بجراح، أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله، أو عن غيره أو ماله.......".

[2] - وهذه الأعذار – كما سنرى - إما عامة كعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وعذر صغر السن، وإما خاصة كعذر الزوج الذي يفاجئ زوجته وهي متلبسة بالزنى.

[3] - رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٢٥٤.

[4] - يقول نص المادة ٢٣٧ عقوبات مصري: "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى، وقتلها في الحال هي ومن يزني بها؛ يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤، و٢٣٦" (وهي العقوبـات المقررة للقتل العمد).

ونكرر هنا أن الفقه الإسلامي قد اعتبر هذا العذر من الأعذار المعفية لا المخففة من العقاب، وذلك لدى جمهور الفقهاء. وقد أوردنا – فيما سبق عند الكلام على النص الخاص - حالة من قتل زوجتـه وهـي متلبسة بالزنى، كما أوضحنا كيف تصرف فيها عمر بن الخطاب ﷺ.

انظر: (ابن قدامة: المغني، جـ ١٠، ص ٣٣٦؛ أبو زهرة: مرجع سابق، جـ ١، ص ٥٥٢).

٤ - النص الأصلي يغني عن النص الاحتياطي[1]:

فالجاني في أية جريمة، يمر بمراحل منها مرحلة الشروع، فإذا أتم الجريمة، فانه يعاقب بمقتضى النص الأصلي، الذي يعاقب عليها كجريمة تامة، دون النص الذي يعاقب على الشروع فيها، فهو نص احتياطي. ومثال ذلك أيضا من يدخل مسكنا بقصد ارتكـاب جريمة، فهو يقع تحت طائلة نص أصلي، وهو نص الجريمة التي يقترفها داخل المسكن، ونص احتياطي، هو نص جريمة انتهاك حرمة المساكن. ومثال ثالث، من يسرق، ويخفي الأشياء المسروقة، فهو مقترف لجريمتين، الأولى جريمة السرقة، ونـصها هـو الـنص الأصلي، والثانية جريمة إخفاء الأشياء المسروقة، ونصها هو النص الاحتياطي، فيـسأل عن جريمة السرقة فقط، لأن وجود النص الأصلي يؤدي إلى استبعاد النص الاحتياطي.

=

[1] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ٨٨.

الفصل الثالث

نطاق سريان النصوص الجنائية

تمهيد وتقسيم:

تصدر النصوص المشتملة على القواعد الجنائية من السلطة المختـصة، لتكـون نافذة – بحسب الأصل- من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية[1]. ويكون لهذه النصوص سلطانها في فترة زمنية معينة، وفي نطاق مكاني معين، كما تخاطب بأحكامها أشخاصـا معينين.

وفيما يلي، نتناول مفعول هذه النصوص بالنسبة للزمان، والمكان، والأشـخاص، وذلك في مباحث ثلاثة.

=

[1]- غالبا ما يحدث – من الناحية العملية - نشر الجريدة الرسمية، المتضمنة النصوص الجديدة المـراد نشرها، وفي هذه الحالة تكون العبرة في علم الناس بهذه النصوص بتاريخ توزيعهـا، ولـيس بتـاريخ إصدار النصوص أو تاريخ طباعة الجريدة. وإذا ما افترضنا أن الجريدة نـشرت فـي تـاريخ طبعهـا بتوزيعها؛ فإن العبرة تكون بتاريخ النشر، ولا يدخل يوم النشر في النطاق الزمني للنصوص الجديدة، بل يدخل في النطاق الزمني للنصوص السابقة.

(د. سمير تناغو: مرجع سابق، ص ٣١٥، ٣١٧).

المبحث الأول

سريان النصوص الجنائية من حيث الزمان•

عرفنا – فيما تقدم - أن من أهم نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، أنـه لا عقـاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور النصوص الجنائية المجرمة، وهو ما يعبر عنه بقاعدة "عدم رجعية النصوص الجنائية". وهي نتيجة حتمية تنص عليها مختاف التشريعات. ولكن ترد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة على التفصيل الوارد فيما يلي.

عدم رجعية النصوص الجنائية:

يقصد بقاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، عدم جواز معاقبة شخص عن فعل، لم يكن معاقبا عليه وقت اقترافه إياه، وكذلك عدم جوا معاقبة شخص بعقوبة أشـد مـن العقوبة التي كانت مقررة للفعل الذي اقترفه، وقت اقترافه.

وهي قاعدة لها أساسها في مجال الفقه الجنائي الإسلامي[1]. فالشريعة الإسلامية لا تقرر عقابا لشخص، إلا إذا أنذر سلفًا. قال تعالى ﴿ **وما كُنا معذبين حتى نَبعثَ رسولاً** ﴾[2]، وقال تعالى ﴿ **وما كان ربك مهلك القُرى حتى يبعثَ فِي أُمها رسولاً يتْلُو عليهم آياتِنَا** ﴾[3]، وقال جل شأنه ﴿ **لِئلا يكُون لِلناس على ا ـ حجةٌ بعد الرسل** ﴾[4].

وفي ذلك يقرر القاضي أبو يعلى الحنبلي، أنه عند تقرير عقوبات تعزيرية، يجب على الحاكم "أن يقدم الإنكار، ولا يجعل التأديب قبل الإنذار"[5].

ويستدل البعض[1] على وجود تطبيقات لفكرة الأثر الرجعي، في النظام الجنـائي الإسلامي، بأحكام القذف واللعان والظهار والحرابة، بيد أن هذا الاستدلال محل نظر على التفصيل التالي:

=

•Merle et Vitu: op: cit., P. 172 et suiv.

1- محمد سليم العوا: مرجع سابق، ص ٥٥.

2- سورة الإسراء: آية ١٥.

3- سورة القصص، آية ٥٩.

4- سورة النساء: آية ١٦٥.

5- أبى يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، القاهرة، ١٣٥٧ هـ ـ، ص ٢٧٧. وانظـ ر أيـضا: العـوا: نفـس المرجـع، ص ٦٠؛ أبـو زهـرة: مرجـع سـابق جـ ـ ١، ص ٣٣١.

١ ـ حكم القذف*:

يرى البعض أن نص القذف نزل بمناسبة حادث الإفك، وبالتالي فإن تطبيقه على قذفة السيدة عائشة رضي الله عنها، يعد تطبيقا بأثر رجعي على وقائع سابقة على نزوله. بينما يرى البعض الآخر[2] –استنادا إلى ما أوردته مراجع تفسير القرآن الكريم والسنة النبوية –أن ما نزل في شأن السيدة عائشة، هو الآيات العشر، التي تبدأ بقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِّنكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَّكُم بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ** ﴾ [3] إلى قوله تعالى: ﴿ **وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ** ﴾ [4] أما أحكام القذف فقد وردت في آيات سابقة[5] في النزول على تلك الآيات، ومنفصلة عنها. وبذلك يكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد طبق حد القذف على قذفة السيدة عائشة رضي الله عنها تطبيقًا عاديا، على واقعة لاحقة لنزول آيات القذف، ومن ثم فلا وجود لفكرة الأثر الرجعي في هذا الصدد.

1- أبو زهرة: مرجع سابق، جـ١، ص ٣٣٤ وما بعدها (وقد تعرض هذا المرجع لأحكام اللعان والظهار والحرابة دون القذف)؛ عودة: مرجع سابق، جـ١، ص ٢٦٦ وما بعدها (وقد تعرض هذا المرجع لأحكام القذف والحرابة والظهار دون اللعان، كما تعرض في شأن القذف للرأيين المتعارضين، وإن كان قد رجح الرأي الذي يقول بأن حكم القذف قد طبق على قذفة السيدة عائشة رضي الله عنها بأثر رجعي). وقد علّل الأستاذ عودة رحمه الله الأثر الرجعي هنا بما ترتب على حادث الإفك من آثار هامة، كادت أن توقع المسلمين في فتنة؛ فهو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص أثرا رجعيا. وعلى ذلك يكون الأستاذ عودة رحمه الله قد اعتبر جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس أمن الجماعة ونظامها العام؛ من استثناءات قاعدة عدم الرجعية.

* القذف في الشريعة نوعان، قذف يحد عليه؛ وهو رمي المحصن بالزنى أو نفي نسبه، وقذف من نوع التعزير؛ وهو الرمي بغير الزنى، ويلحق به السب والشتم (عودة، جـ١، ص ٤٥٥؛ المغني، جـ٩، ص ٨٣).

2- العوا: مرجع سابق، ص ٥٦.

3- النور، آية ١١.

4- سورة النور: الآيات ١١ إلى ٢٠.

5- سورة النور، الآيتان ٤ و٥؛ حيث يقول جل شأنه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ [٥] إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾

٢- حكم اللعان•:

وقد نزل حكم اللعان في سورة النور[1]، وطبق على هلال بن أمية، الـذي اتهـم زوجته بالزنى.

وقد جاءت النصوص بحكم يخفف عن الأزواج، ويعفيهم من التعرض لحد القذف إذا لم يكن لهم أربعة شهداء. فهو وإن كان من قبيل تطبيق النص الجنائي بأثر رجعـي، إلا أنه يستند إلى فكرة النص الأصلح للمتهم. وسنعرض لها تفصيلاً بعد قليل.

٣- حكم الظهار[2]:

لقد نزل حكم الظهار في شان أوس بن الصامت، وزوجته خولة بنت ثعلبة، بعدما اشتكت إلى ا ، وبعدما قال لها رسول ا صلى ا عليه وسلم، "ما أراك إلا وقد حرمت عليه". ويرى البعض[3] أن تطبيق حكم الظهار الذي نزل في سورة المجادلة[4]، إنما هـو تطبيق للعقوبة على ما وقع قبل نزولها أي تطبيق بأثر رجعـي. بينمـا يـرى الـبعض

=

• اللعان أيمان تجري بين الزوجين، بعد أن يرمي الزوج زوجته بالزنى دون أن يكون لديه شهود، وهو مشتق من اللعن؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا. والهدف منه أن يدرأ الزوج عن نفسه حد القذف، وأن تدرأ الزوجة عن نفسها تهمة الزنى (البهوتي: كشف القناع، جـ٥، ص ٣٩٠؛ العوا: مرجع سابق، ص ٥٦).

1- الآيات من ٦ إلى ٩؛ حيث يقول تعالى: ﴿**والذِين يرمون أَزواجهم ولم يكُن لهم شُهداء إلا أَنفُسهم فَشَهادةُ أَحدِهم أَربع شَهاداتٍ بِا ـ إِنه لَمِن الصادِقِين [٧] والْخَامِسةُ أَن لعنَتَ ا ـ علَيهِ إِن كَـان مِـن الْكَاذِبِين [٨] ويدرأُ عنْها الْعذَاب أَن تَشْهد أَربع شَهاداتٍ بِا ـ إِنه لَمِـن الْكَـاذِبِين [٩] والْخَامِـسةَ أَن غَضب ا ـ علَيها إِن كَان مِن الصادِقِين**﴾.

2- الظهار أن يشبه الرجل زوجته في تحريمها على نفسه بإحدى محارمه، فيقول لها مثلا: "أنت علـي كظهر أمي". وكان هذا الحكم في الجاهلية، ويترتب على ذلك تحريم المرأة على زوجها؛ بل على الكافة تحريما أبديا.

3- أبو زهرة: مرجع سابق، جـ١، ص ٣٣٥.

4- الآيات من ٢ إلى ٤؛ حيث يقول جل شأنه: ﴿**قَد سمِع ا ُ قَولَ الَّتِي تُجادِلُك فِي زوجِها وتَشْتَكِي إِلَى ا ـ وا ُ يسمع تَحاوركُما إِن ا َ سمِيع بصِير [٢] الَّذِين يظَاهِرون مِنكُم من نِسائِهِم ما هن أُمهاتِهِم إِن أُمهاتُهم إِلا اللائِي ولَدنَهم وإِنهم لَيقُولُون منكَرا من الْقَولِ وزورا وإِن ا َ لَعفُـو غَفُـور [٣] والَّـذِين يظَاهِرون مِن نِسائِهِم ثُم يعودون لِما قَالُوا فَتَحرِير رقَبةٍ من قَبلِ أَن يتَماسا ذَلِكُم تُوعظُون بِهِ وا ُ بِما تَعملُون خَبِير [٤] فَمن لَم يجِد فَصِيام شَهرين متَتَابِعين مِن قَبلِ أَن يتَماسا فَمن لَم يستَطِع فَإِطْعام سِتين مِسكِينًا ذَلِك لِتُؤْمِنُوا بِا ـ ورسولِهِ وتِلْك حدود ا ـ ولِلْكَافِرِين عذَاب أَلِيم**﴾.

الآخر[1] أن ذلك يخرج عن نطاق النظام الجنائي الإسلامي، ويدخل في نطـاق مـسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة.

٤- حكم الحرابة[2]:

أما حكم الحرابة، فقد ذهب البعض، إلى أن طبق بأثر رجعي، على قوم من عكل وعرينه، قدموا إلى المدينة، فمرضوا ولم يطب لهم المقام فيها، فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بإبل ومعها راعيها، وأرسلهم إلى حيث ترعى هذه الإبل، وهي مـن إبـل الصدقة، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها. فلما صحوا، قتلوا راعي الإبـل وسـاقوها. ولما بلغ ذلك، النبي صلى الله عليه وسلم، غضب وأرسل في أثرهم. فلما جئ بهم، امـر بقتلهم وسمل أعينهم. فنزل قوله تعالى: ﴿**إنما جـزاء الـذين يحـاربون الله ورسـوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم**﴾ [3].

وقيل إن النبي صلى الله عليه وسلم طبق عليهم حكم الحرابة، حيث قطع أيـديهم وأرجلهم من خلاف. كما قيل بأن حكم الحرابة قد نزل بعد معاقبتهم، ليبين عقاب مرتكبي جريمة الحرابة، ولينهي عن المثلة، التي ورد في بعض الروايات إنها ارتكبت في حـق هؤلاء القوم، بسمل أعينهم، ومنعهم الماء. والراجح –في نظرنا- أن حكم الحرابـة لـم يطبق بأثر رجعي على هؤلاء القوم،وإنما عاقبهم النبي صلى الله عليه وسـلم بمقتـضى النصوص العامة التي توجب المعاقبة بمثل الاعتداء، كقوله تعالى: ﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾ [4]، وقوله تعالى: ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾ [5]، وقوله تعـالى: ﴿ **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾ [6].

=

1- العوا: مرجع سابق، ص ٥٩.

2- راجع تفصيل الآراء:

أبو زهرة: جـ١، ص ٣٣٥؛ د. العوا: نفس المرجع والموضع؛ عودة: جـ١، ص ٢٦٧. والحرابة هي جريمة قطع الطريق والسعي بالفساد في الأرض، وهي من جرائم الحدود.

3- المائدة، (٣٣ - ٣٤).

4- سورة الشورى، آية ٤٠.

5- سورة النحل، آية ١٢٦.

6- سورة البقرة، آية ١٩٤. (انظر العوا: مرجع سابق، ص ٦٠).

وعلى ذلك يمكن القول بأن النصوص كانت تطبق أصلاً بأثر مباشر، ولا ترجـع إلى الماضي إلا إذا كانت أصلح كما سنرى تفصيلا، حيث تقتـضي العدالـة ألا يعاقـب إنسان على فعل ما، وبعقاب ما، إلا بعد إنذاره.

والإنذار إذا كان موجودا بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، فانه يوجـد كـذلك بالنسبة للجرائم التهديدية التي يقررها ولي الأمر، في نطاق باب التعزير، كجرائم مخالفة التسعير، وجرائم المرور وغيرها، فإن العقوبات بشانها لا توقع إلا بعد إنذار الناس بهـا، عن طريق النشر بوسائل الإعلام المختلفة، فضلا عن النشر في الجريدة الرسمية[1].

ويروى في ذلك[2]، أن عمر بن الخطاب رضي ا عنه، رأى رجلا يصلي مـع النساء في بيت ا الحرام، فضربه بالدرة، فقال الرجـل، وا إن كنـت أحـسنت لقـد ظلمتني، وإن كنت أسأت فما علمتني. فقال عمر: أما شهدت عزمتي[3] ألا يطوف الرجال مع النساء، فقال: ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدرة، وقال له اقتص. وفي هذا دليـل على أن العقاب على المحظورات، التي يرى ولي الأمر منعها درءا للمفاسد، لا تكـون العقوبة بشأنها جائزة إلا بعد إعلان الناس بها، وعلى ما يقع بعد الإعلان.

الأثر الرجعي للنص الأصلح للمتهم:

أن العلة في تقرير قاعدة عدم الرجعية تكمن في العمل على مصلحة المـتهم[4]، فهي قاعدة مقررة لمصلحة المتهم، حتى لا يفاجأ بجزاء لم ينذر به وقـت أن اقتـرف أو تورط في اقتراف السلوك المجرم. وإذا كانت مصلحة المتهم هي التي اقتضت تقرير هذه القاعدة، فهي أيضا التي اقتضت تجاوزها، من أجل هذه المصلحة، وذلك فـي الحـالات التي يكون النص الجديد في صالحه. ولذا فإن مجال إعمال قاعدة الرجعية إنما ينحصر –

=

1- الجريدة الرسمية في المملكة العربية السعودية هي جريدة أم القرى.

2- أبو زهرة: نفس المرجع، ج١، ص ٣٣١.

3- عزمةٌ في اللغة من عزماتِ ا : حق من حقوقه؛ أي واجب مما أوجبه ا . وعزائم ا فرائضه التي أوجبها (الطاهر أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٧٣، الجزء الثالـث، ص ٢١٩).

4- يرى البعض أن رجعية النص الأصلح للمتهم؛ إنما تكون على سبيل الاستثناء من قاعدة عدم الرجعية (محمود مصطفى: القسم العام، ص ٩٥)، بينما يرى البعض الآخر أن هذه الرجعية لا تكون على سبيل الاستثناء، وإنما وفقًا لقاعدة يستدل عليها بإعمال مفهوم المخالفة من قاعدة عدم رجعية النص الأشـد أو الأسوأ (علي راشد: القانون الجنائي، ص ١٧٢).

بالنسبة للقواعد الموضوعية- في النصوص التي تأتي بأحكام تعد أسوأ – بالنسبة للمتهم، كالتي تشدد الجزاء، أو توسع من نطاق التجريم بصورة تضر بمركز المتهم.

ويكون التجاوز عن قاعدة عدم الرجعية لصالح المتهم، بإعمال الأثـر الرجعـي للنصوص الجديدة.

المقصود بالنص الأصلح للمتهم:

النص الجنائي الأصلح للمتهم، هو النص الموضوعي الذي، يأتي بميزة للمتهم. وهذه الميزة قد تتمثل في تخفيف الجزاء، أو الإعفاء منه، أو محو صفة الجريمة نهائيا عن الفعل.

ويأخذ التخفيف صورا متعددة، متعددة مثالها:

- استبدال عقوبة سالبة للحرية بالعقوبة السالبة للحياة.
- استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة الحبس.
- جعل العقوبة متراوحة بين حدين بعد أن كانت ذات حد واحد أعلى من الحد الأدنى الجديد.
- منح القاضي سلطة تقديرية أكبر، والسماح له بالاختيار بين الجزاء الذي كان مقررا للجريمة وجزاءات جديدة أخرى أخف.
- النزول بالحد الأدنى للجزاء المقرر بالنص مع ثبات الأحد الأعلى.
- النزول بالحد الأعلى للجزاء المقرر بالنص مع ثبات الحد الأدنى.
- النزول بالحدين الأدنى والأعلى للجزاء المقرر بالنص.

ولكن عناك حالات تثير صعوبة، منها حالة ما إذا خفض النص الجديد حدا ورفع حدا آخر، كما إذا خفض الحد الأدنى ورفع الأعلى، أو خفض الحد الأعلى ورفع الأدنى.

وهنا لا يمكن القول بأن العبرة بالحد الأعلى، كما ذهب البعض، وأن النص يعـد أصلح للمتهم متى خفض الحد الأعلى، بغض النظر عن الحد الأدنى، أي ولو رفع الحـد الأدنى.

وإنما تُزال الصعوبة –في نظرنا- بترك الأمر للقاضي، ليقول كلمته في شأن كل حالة على حدة. فقد يكون النص ألح لمتهم معين، وفقًا لظروفه وملابسات جريمته، وأسوأ لمتهم آخر، وفقًا لظروفه وملابسات جريمته كذلك.

فالنص الذي يخفض الحد الأعلى، ويثبت الأدنى أو يرفعه، يعتبر أصلح للمـتهم، الذي يرى القاضي أن ظروف وملابسات قضيته، تحمله إلى الـصعود بـالجزاء نحـو الأعلى. والنص ذاته يعتبر أسوأ للمتهم الذي يرى القاضي أن ظروف وملابسات قضيته

تحمله إلى النزول بالجزاء نحو الحد الأدنى، وذلك في حالة ما إذا رفع النص الجديد الحد الأدنى، ولو أنه خفض الأعلى.

ولكن ما الحكم لو أن النص الجديد، خفف عقوبة الحبس المقررة لجريمة ما، من سنة إلى ستة أشهر، وحرم القاضي –في نظير ذلك- من الحكم بنظام وقف التنفيذ، الذي كان مقررا في النص السابق؟

لا شك أن القاضي في هذا الحالة، لا يملك أن يأخذ من كل نص أحسنه، بأن يحكم بالستة أشهر المقررة في النص الجديد، مع نظام وقف التنفيذ المقرر في النص القديم، لأنه بذلك يكون قد أنشأ نظاما جديدا للعقاب غير الوارد في النص السابق أو اللاحق، وهو ما لا يجوز له.

ولذا فإن الأمر يترك –في هذه الحالة أيضا- للقاضي[1]، فإذا وجد من ظروف المتهم وملابسات جريمته، أنه يستحق الأخذ بالرأفة، طبق عليه النص القديم، وأفاده بنظام وقف التنفيذ، ولو أن الحد العلى للحبس أكبر من المقرر في النص الجديد. وإن وجد من ظروف المتهم وملابسات جريمته، أنه غير أهل للأخذ بأسباب الرأفةن طبق عليه النص الجديد، فهو أصلح له، لأن الحد الأقصى الذي كان القاضي يتجه إلى الصعود بالجزاء نحوه، قد خفض في النص الجديد من سنة إلى ستة أشهر.

وقد تأخذ الميزة التي ترد في النص الجديد صورة الإعفاء من العقاب. ومثال ذلك، أن يقتصر الإعفاء من عقوبة الرشوة على الراشي أو الوسيط، في حالة إخبار السلطات بالجريمة[2]، فإذا صدر نص جديد يسمح للمرتشي أيضا بالاستفادة من هذا الإعفاء، فانه يعد نصا أصلح بالنسبة للمرتشي.

شرط العمل بالنص الأصلح للمتهم:

جرت التشريعات على تقييد الاستفادة بالنص الأصلح للمتهم بشرط مؤداه، أن يصدر النص الجديد الأصلح قبل صدور حكم نهائي في الدعوى. ويقصد بالحكم النهائي، الحكم الذي يستنفذ كافة طرق الطعن. والعبرة هنا بصدور النص الجديد أي بنشرة في الجريدة الرسمية، دون انتظار إنقضاء الأجل المحدد لنفاذه[3]، وذلك تطبيقًا للقاعدة العامة التي تقضي بنفاذ القوانين فور صدورها، ولأن عدول واضع النص عن الأحكام السابقة،

=

1- رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١٥٥.

2- كما هو الحال في المادة ١٤ من نظام مكافحة الرشوة بالمملكة العربية السعودية.

3- رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٢٨٣.

وإيراد أحكام أخف وأصلح للمتهم، معناه اعترافه بأن الوضع القديم غير ملائم، وفي غير مصلحة الجماعة. ومن هنا كان من المتعين الأخذ بالنص الجديد الأصلح فور صـدوره، تحقيقًا لمصلحة الجماعة والمتهم في آن واحد.

زوال صفة الجريمة عن الفعل:

ومع ذلك فإن هذا القيد لا يسري على الحالة التي يكون فيها النص الجديـد قـد ألغي صفة الجريمة تماما عن الفعل. ففي هذه الحالة يستفيد المحكوم عليه، الذي صـدر الحكم بإدانته، ولو أصبح الحكم نهائيا، ويوقف تنفيذ الحكم، وتزال الآثار الجنائيـة التـي تكون قد ترتبت عليه. ومن هذه الآثار القيد في صحف السوابق الجنائية، والفـصل مـن الوظيفة العامة، والحرمان من المزايا العامة الأخرى.

فهنا إذن نفرق بين نوعين من النصوص الأصلح للمتهم، والتـي تـصدر بعـد صدوره الحكم نهائيا، النص الذي يزيل صفة الجريمة نهائيا عن الفعل الذي حـوكم مـن أجله الجانين والنص الذي يورد مجرد ميزة كالتخفيف أو التوسيع من سـلطة القاضـي التقديرية لصالح المتهم. ففي الحالة الأولى، يطبق النص، وتزال جميع الآثـار الجنائيـة المترتبة على الحكم، حيث يعتبر كأن لم يكن؛ وفي الحالة الثانية، لا أثر للنص، ولا يمكن أن يستفيد منه المتهم، تبعا لاعتبارات عملية تتمثل في الرغبة فـي اسـتقرار الأحكـام والمراكز القانونية.

بيد أن زوال الآثار الجنائية، المترتبة على زوال صفة الجريمة عن الفعل، لا أثر له على التعويض المدني المترتب على الفعل الذي كان مجرما، فيبقى الحكم بشأنه قائمـا ونافذًا، وتبقى الدعوى المدنية قائمة.

وتطبيقًا لفكرة الأثر الرجعي للنص الأصلح للمتهم في مجـال النظـام الجنـائي الإسلامي، نورد ما يتعلق بحكم اللعان. فلقد كان من يتهم زوجته بالزنى، يكلـف بإقامـة البينة، وهي أن يأتي بأربعة شهود، وإلا يقام عليه حد القذف ويجلد ثمانين جلدة. بيـد أن هذا الحكم قد نسخ بنزول آيات اللعان في سورة النور. ومناسبة نزول هذه الآيات[1]، إن رجلا يدعى هلال بن أمية[2]، جاء إلى رسول ا صلى ا عليه وسلم، يـتهم زوجتـه بالزنى، فقال "رسول ا ، أني جئت أهلي عشاء، فوجدت عندها رجلاً، فرأيـت بعينـي،

=

1- ورد في كشف القناع (جـ٥، ص ٣٩٠) أن آية اللعان نزلت في عويمر العجلاني، أو في هلال بن أمية، ويحتمل أنها نزلت فيهما.

2- انظر في تفصيل واقعة هلال بن أمية هذه: المغني جـ٨، ص ٤٧.

وسمعت بأذني"، فكره رسول ا صلى ا عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه، واجتمعـت الأنصار فقالوا: الآن يضرب رسول ا صلى ا عليه وسلم هلال بـن أميـة، ويبطـل شهادته في الناس. فقال هلال: وا أني لأرجو أن يجعل ا لي منها مخرجا. وفي رواية أخرى، أن هلالاً قال: "يا رسول ا ، إن الرجل يجد الرجل مع أهله، فإن قتله قتلتمـوه، وأن تكلم ضربتموه، وإن سكت سكت على غيظ، اللهم بـين." فنـزل قـول ا تعـالى: ﴿**والذِين يرمون أَزواجهم ولَم يكُن لهم شُهداء إِلا أَنْفُسهم فَشَهادةُ أَحدِهِم أَربع شَـهاداتٍ بِا ـ إِنه لَمِن الصادِقِين [٧] والْخَامِسةُ أَن لَعنَتَ ا ـ علَيهِ إِن كَان مِن الْكَاذِبِين [٨] ويدرأُ عنْها الْعذَاب أَن تَشْهد أَربع شَهاداتٍ بِا ـ إِنه لَمِن الْكَاذِبِين [٩] والْخَامِسةَ أَن غَضب ا ـ علَيها إِن كَان مِن الصادِقِين**﴾ [1].

فحكم اللعان هنا، قد ورد تخفيفًا على الأزواج، بعد أن كان الحكم السابق توقيـع حد القذف على الزواج أن لم يكن له شهود أربعة. وقد طبقه رسول ا صلى ا عليـه وسلم على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المشار إليها، وهو تطبيـق للـنص الأصـلح للمتهم[2].

ويمثل البعض[3] لذلك أيضا بمثال من نطاق جرائم القتل. فالعرب قبل الإسـلام، كانت تتباين في الفضل وتعترف بهذا التباين، واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلـى القبائل، وكانت دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه، وكان الشريف من العرب إذا قتل، لم تقتل قاتله فقط، بل تقتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل. ولقد قتل ولـد زهير بن جذيمة، فرأى أن قبيلة بأسرها لا يجزئ قتلها في قتل ولده.

وظلت الحال على ذلك حتى جاء الإسلام، ومحا حكم الجاهلية، وبعض العرب – وقتئذ- يطلب بعضا بدماء وجراح، وسوى في الحكم بين الناس، وطبق ذلك بأثر رجعي على ما لم يحكم فيه من حوادث، باعتباره حكم ا ، والأصلح للمتهمين. ووردت التسوية في الحكم في قوله تعالى: ﴿**أَفَحكْم الْجاهِلِيةِ يبغُون ومن أَحـسن مِـن ا ـ حكْمـا لِقَـومٍ يوقِنُون**﴾ [4]. وقوله تعالى: ﴿**يا أَيها الذِين آمنُوا كُتِب علَيكُم الْقِصاص فِي الْقَتْلَى الْحـر بِالْحر والْعبد بِالْعبدِ والْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمن عفِي له مِن أَخِيهِ شَيء فَاتباع بِالْمعروفِ وأَداء**

=

1- سورة النور (الآيات من ٦ إلى ٩).

2- انظر: (المغني، جـ٨، ص ٤٧؛ كشف القناع، جـ٥ ص ٣٩٠؛ أبو زهرة: مرجع سابق، جـ ـ ١، ص ٣٣٤؛ العوا: مرجع سابق، ص ٥٧).

3- عودة: مرجع سابق، جـ ١، ص ٢٧١.

4- المائدة، آية ٥٠.

إِلَيهِ بِإحسانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ من ربكُم ورحمةٌ فَمن اعتَدَى بعد ذَلِكَ فَلَه عذاب أَلِيم﴾ [1] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التباين في الفضل بين الناس في نطاق جرائم الدماء.

النصوص المحددة الفترة (المؤقتة):

تنص غالبية التشريعات الجنائية العربية على أنه إذا ارتكب شخص جريمة ما، بالمخالفة لنص محدد الفترة، وحركت إجراءات التحقيق والمحاكمة في مواجهته، أو صدر حكم نهائي عليه بالإدانة، فإن انتهاء الفترة المحددة لسريان النص، لا يحول دون استمرار إجراءات التحقيق والمحاكمة في مواجهته، أو صدر حكم نهائي عليه بالإدانة فإن انتهاء الفترة المحددة لسريان النص، لا يحول دون استمرار إجراءات التحقيق والمحاكمة، أو تنفيذ الجزاء المحكوم به، ولو صار الوضع أصلح له بالعودة إلى الوضع الأصلي السابق على صدور النص المحدد الفترة. وعلى ذلك يمكن القول: بأن فكرة النص الجنائي الأصلح للمتهم تعطل في هذه الحالة، لأن الأخذ بها من شأنه أن يضيع الهدف المقصود من وراء النص المحدد الفترة، وغالبا ما يتعلق هذا الهدف بظروف استثنائية، اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية.. الخ تمر بها البلاد.

والنص المحدد الفترة يتضمن بيانًا صريحا بتاريخ انتهاء مفعوله، حيث تنتهي قوته الملزمة في هذا التاريخ، دون حاجة إلى نص يلغيه.

وهنا تفرق بعض التشريعات بين النصوص الجنائية المؤقتة، والنصوص الجنائية الاستثنائية التي تواجه حالات الطوارئ[2]. والنص المؤقت يتضمن بيان تاريخ انتهاء مفعوله كما أشرنا، أما النص الاستثنائي فلا يتضمن مثل هذا التاريخ، حيث يصدر لمواجهة حالة طارئة. لا يعرف سلفًا متى تزول، ولذلك يظل ساري المفعول حتى يلغى بنص جديد. ولذلك فإن النص الاستثنائي يخضع للقواعد العامة ويرتب نفس الآثار. وإن

=

[1] - البقرة، آية ١٧٨.

[2] - أخذت غالبية الدول العربية باستثناء النص الجنائي المؤقت من تطبيق فكرة النص الأصلح للمتهم أو المحكوم عليه، وفرقت في هذا الصدد بين النص المؤقت والنص الاستثنائي، عدا قانون الكويت؛ فلم يقصر تطبيق "الاستثناء من فكرة النص الأصلح" على "النص المؤقت"؛ بل طبقها كذلك على النص الاستثنائي، أما قوانين تونس والمغرب والأردن والجزائر فقد خلت من الأحكام المتعلقة بالنصوص المؤقتة أو الاستثنائية؛ ولذا تطبق القواعد العامة، ويستفيد المتهم من النص الأصلح في جميع الأحوال. وتعتبر المادة الثانية من القانون الإيطالي، والمادة السادسة من مشروع قانون العقوبات الفرنسي مصدرا للنص الوارد في القانون الكويتي، ومصدرا كذلك للمادة الخامسة من القانون المصري، ولكن القانون المصري اقتصر على القوانين محدودة الفترة دون القوانين الاستثنائية لمواجهة الطوارئ.
(محمود مصطفى: الأصول، ص ٢٩).

انتهاء العمل بهذا النص الاستثنائي، من شأنه أن يرتب وضعا أصلح للمتهم، إذا ما كـان في العودة إلى الوضع السابق على صدوره ما يعد في صالح المتهم وهو الغالب، حيث لا تحول انتهاء العمل بالنص الاستثنائي دون استفادة المتهم بالوضع الأصلح المترتب علـى هذا الانتهاء، على عكس الحال بالنسبة للنص الجنائي المحدد الفترة.

ويرى البعض[1] أن القوانين المحددة الفترة والقوانين الاستثنائية، كلاهمـا مـن النوع المؤقت،والعلة فيهما واحدة، فيما يتعلق بعدم رجعية النص الأصلح.

ولكن الأخذ بهذا الرأي مقتضاه، تحميل النصوص التي تـنص علـى "القواعـد المحددة الفترة فحسب" أكثر مما تحتمل، وهي نصوص استثنائية لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها. فضلا عن أن محاولة القياس أو التوسع في التفسير هنا فـي غيـر صالح المتهم[2].

وتطبيقًا لما تقدم، فإذا كانت الدولة قد حددت عقوبة معينة، لمخالفة أحكام تـسعير جبري لسلعة ما، ثم أصدرت نصا محدد الفترة يرفع هذه العقوبة عن الجرائم التي ترتكب خلال الفترة المحددة، فإن انتهاء هذه الفترة، والعودة إلى تطبيق العقوبة الأخف، أو إلـى الإباحة، لا يستفيد منه كل من ارتكب جريمة خلال الفترة المحددة، وإنما يعاقب بالعقوبة الواردة في النص المحدد الفترة. أما إذا كان النص الذي يرفع العقوبة قد خلا من تـاريخ انتهائه، مع الإفصاح عن هدف مواجهة ظروف معينة، فانه يكون نصا استثنائيا، ويترتب على صدور نص آخر ينهي العمل به، استفادة كل من ارتكب جريمة في ظله، ولم يحكم عليه بحكم نهائي وفقًا للنص الاستثنائي خلال فترة سريانه. وتكون الاستفادة فـي هـذه الحالة بالعودة إلى النص الأول العادي، لأن عقوبته أخف، وأصلح للمتهم.

الأثر المباشر للنصوص الجنائية الإجرائية:

تهدف النصوص الإجرائية إلى تنظيم إجراءات الدعوى الجنائية على نحو يكفـل إعمال سلطة الدولة في العقاب، ويحقق أعلى درجة من العدالة من زاوية، ويقضي علـى الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليه شخصيات الجناة من زاوية أخرى. وفي إطار هذه الغاية، تعمل الدول دائما على تطوير تشريعاتها الإجرائية، بإدخال التعـديلات اللازمـة

=

1- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، ١٩٦٨، ص ٢٥.

2- تعتبر النصوص الجنائية المتعلقة بالتسعير الجبري، والأمور التموينية في مصر؛ مـن النـصوص الاستثنائية التي تخضع للقواعد العامة في شأن عدم الرجعية والقانون الأصلح للمتهم، إذا لـم تتـضمن تاريخًا معينًا لنهاية العمل بها، فضلاً عن أنها تواجه حالات طارئة لا يعرف تاريخ زوالها.

على نظمها الإجرائية. ولذا يمكن القول بأن كل تطوير –في هذا الصدد- كما يهدف إلى الصالح العام، يهدف كذلك إلى تحقيق مصلحة الجاني باقتلاع الخطورة الإجرامية منه.

وبناء عليه، فإن النصوص الجنائية الإجرائية الجديدة، يكون تطبيقها بأثر مباشر. ولكن الأثر المباشر هنا يتسع مفهومه ليشمل مختلف الدعاوي التي لم يصدر بشأنها حكم نهائي بعد، والدعاوي الجديدة التي ترفع مستقبلاً بشأن ما يقترف بعد صدور النـصوص الجديدة من جرائم.

وإن تطبيق النصوص الإجرائية الجديدة على الدعاوي المرفوعة والتي هي قيـد التحقيق أو المحاكمة، إنما يكون على ما سيتم في شأنها من إجراءات من أجل البت فيها، دون أن يمس هذا التطبيق ما تم من إجراءات صحيحة. وما اكتسب من حقوق للمتهمـين وفضلا عن ذلك فإن النصوص الجديدة التي يظهر فيها جليا حرمان المتهم من ميـزة، لا تطبق على الدعاوي السابق عليها، وإنما على اللاحقة لها. ومثال ذلك[1]، الـنص الـذي يلغي طريقًا من طرق الطعن في الحكم، فانه يسرى علي. ما يصدر بعده من أحكام، أما الأحكام غير النهائية الصادرة قبله، فلا يسري عليها ويكون للمحكوم عليه أن يسلك سبيل الطعن الملغي النص الجديد، حيث لا يسري عليه.

أما إذا كان النص الجديد ينشئ طريقًا جديدا للطعن، فإن المتهم المحكـوم عليـه بحكم غير نهائي، يستفيد من هذا النص الجديد، ويكون له أن يسلك سبيل الطعن الجديد.

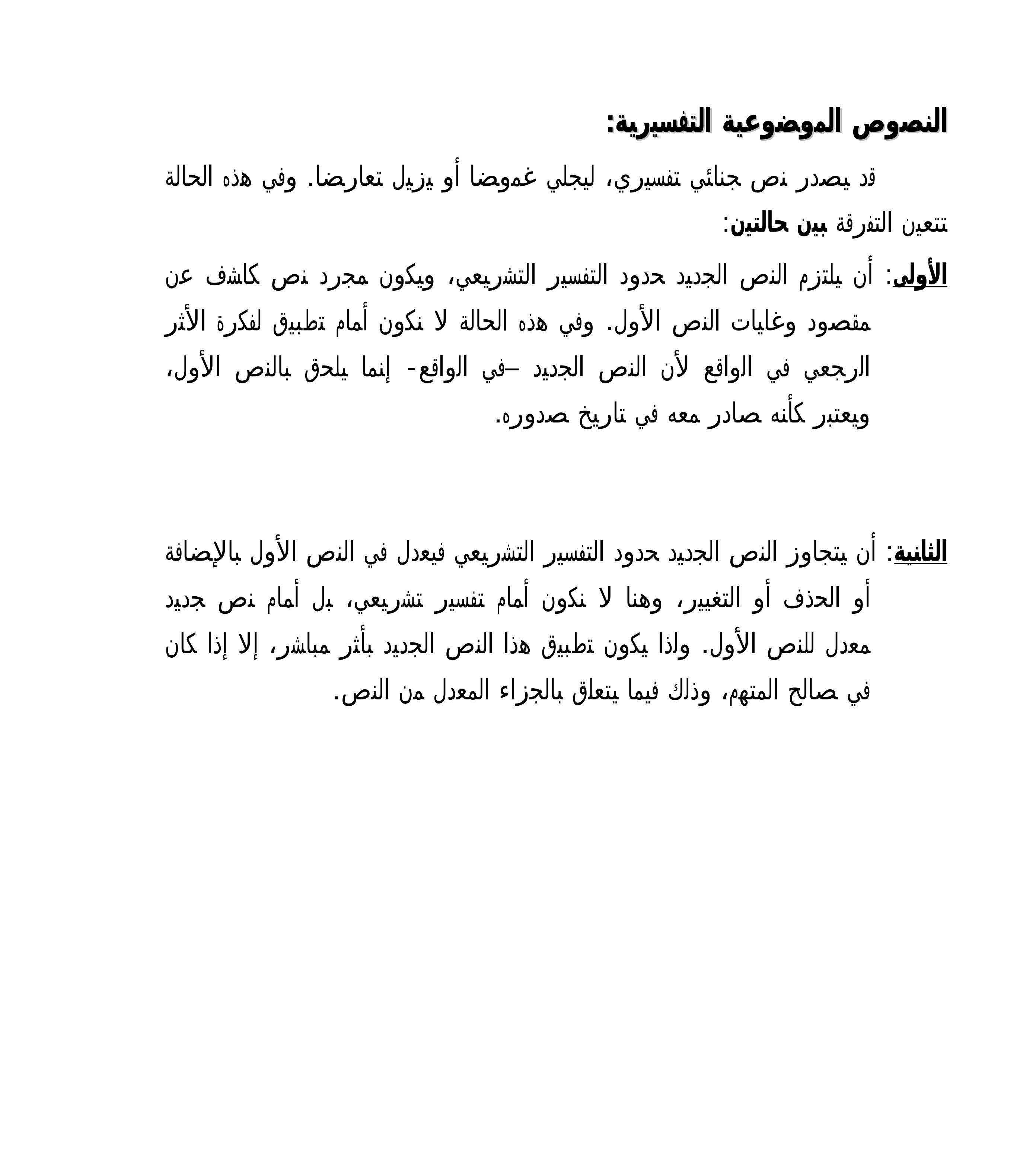
وكذلك الحال بالنسبة للنص الجنائي الجديد الذي يقصر ميعاد الطعن في حكم ما، فإن هذا النص لا يكون في صالح المتهم الذي صدر بشأنه حكم غير نهـائي، ولـذلك لا يطبق هذا النص عليه وإنما على المتهمين الذين لم تصدر بشأنهم أحكام غير نهائية بعد. أما إذا أطال النص الجديد ميعاد الطعن، فانه يكون في صالح المتهم الذي صـدر بـشأنه حكم غير نهائي، وبالتالي يسري عليه ويستفيد منه دون أن يسري في شأنه النص القديم.

وهناك بعض القواعد الجنائية، قد اختلف حول طبيعتها، وهل هي موضـوعية أم إجرائية، والراجح – في نظرنا - إنها موضوعية، وأهم هذه القواعد، ما يتعلـق بأحكـام التقادم، وأساليب تنفيذ الجزاء الجنائي، وأحكام الشكوى والتنازل عنها، والطلب، والإفراج الشرطي، ورد الاعتبار[2]. ولذا تسري عليها القواعد العامة التي تطبق على النـصوص الموضوعية، ويكون لها أثر رجعي إذا كانت في صالح المتهم أو المحكوم عليه.

=

1- رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١٦٦.

2- انظر في التفاصيل: محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٢- ١٣؛ السعيد مصطفى السعيد: الأحكـام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٦٢، ص ١٢٧.



النصوص الموضوعية التفسيرية:

قد يصدر نص جنائي تفسيري، ليجلي غموضا أو يزيل تعارضا. وفي هذه الحالة تتعين التفرقة **بين حالتين**:

الأولى: أن يلتزم النص الجديد حدود التفسير التشريعي، ويكون مجرد نص كاشف عن مقصود وغايات النص الأول. وفي هذه الحالة لا نكون أمام تطبيق لفكرة الأثر الرجعي في الواقع لأن النص الجديد –في الواقع- إنما يلحق بالنص الأول، ويعتبر كأنه صادر معه في تاريخ صدوره.

الثانية: أن يتجاوز النص الجديد حدود التفسير التشريعي فيعدل في النص الأول بالإضافة أو الحذف أو التغيير، وهنا لا نكون أمام تفسير تشريعي، بل أمام نص جديد معدل للنص الأول. ولذا يكون تطبيق هذا النص الجديد بأثر مباشر، إلا إذا كان في صالح المتهم، وذلك فيما يتعلق بالجزء المعدل من النص.

المبحث الثاني

سريان النصوص الجنائية من حيث المكان•

تمهيد:

تمارس الدولة سيادتها في العقاب، بالنسبة لكل ما يقع على إقليمها من جرائم بحسب الأصل. وكانت سيادة الدولة قديما شخصية غير إقليمية؛ حيث كانت تتبع أشخاص الرعايا أينما ذهبوا[1]. ولهذا كان اختصاص التشريع الجنائي شخصيا كذلك، فلا يشمل الأجانب ولو ارتكبوا جرائم فوق الإقليم[2]. ولكن هذه النظرة قد تغيرت، وأصبح اختصاص التشريع الجنائي إقليميا – بحسب الأصل - في غالبية التشريعات المعاصرة.

=

• تعالج بعض التشريعات أحكام سريان النصوص الجنائية من حيث المكان في قانون الإجراءات الجنائية (كالقانون الفرنسي، المواد من ٦٨٩ إلى ٦٩٦ تحت عنوان "الجنايات والجنح التي ترتكب في الخارج"، والقانون المغربي، المواد من ٧٤٨ إلى ٧٥٦ تحت عنوان "في الاختصاص المتعلق ببعض جرائم تقترف خارج المملكة..، والقانون الجزائري، المواد من ٥٨٢ إلى ٥٩١).

أما غالبية الدول الأخرى؛ فإنها تعالج هذه الأحكام ضمن قواعد القانون الجنائي الموضوعية، وهو الاتجاه الأصوب؛ لأن الأمر يتعلق بسلطة العقاب التي تنشأ من تطبيق قاعدة الإقليمية والاستثناءات التي ترد عليها. أما ولاية القضاء الوطني، ثم الاختصاص الداخلي فيأتيان تبعا لذلك. فسلطة العقاب تدخل في الجانب الشخصي لقانون العقوبات، وولاية القضاء أو اختصاصاته يدخلان في القانون الشكلي أو الإجرائي.

يراجع في التفاصيل:

Merle et Vitu: op. cit., P. 194 et suiv.

ويراجع كذلك: محمود مصطفى: الأصول، ص ٢٩.

1- علي راشد: القانون الجنائي، ص ١٨٣.

2- لا تتضمن التشريعات الجنائية في الغالب تعريفًا للإقليم، تاركة ذلك لأحكام القانون الدولي، ولكن بعض الدول العربية أوردت تحديدا لمعنى الإقليم في تشريعاتها؛ مثل قوانين: سوريا ولبنان والأردن والعراق.

والإقليم هو نطاق الدولة المشتمل على العناصر الآتية:

العنصر البري: ويتمثل في أراضي الدولة وفقًا لحدودها السياسية.

العنصر المائي: ويتمثل في المساحة المائية الواقعة بين شواطئ وأعالي البحار. وقد حددت اتفاقية جنيف لسنة ١٩٥٨ البحر الإقليمي للدولة، بما لا يجاوز ١٢ ميلاً بحريا (والميل البحري يعادل ١٨٥٢ مترا). وفي المملكة العربية السعودية حدد نظام الجمارك الصادر عام ١٣٧٢ هـ فيها العنصر البحري الذي تمارس السلطات الجمركية سلطتها الرقابية عليه؛ بثمانية عشر ميلاً بحريا؛ أي بستة أميال فيما وراء

هل اختصاص التشريع الجنائي الإسلامي إقليمي أم عالمي[1]؟

النظام الجنائي الإسلامي جزء من الشريعة الإسلامية، وهـذه الـشريعة الغـراء شريعة عالمية تخاطب كافة البشر، المسلم منهم وغير المسلم، المقيم في البلاد الإسـلامية وغير المقيم فيها، بيد أنه من ناحية التطبيق قضت الظروف والضرورة أن تتم التفرقة في هذا الصدد بين البلدان الإسلامية (ديار الإسلام)، والبلدان غير الإسلامية (ديار الحرب)، وبين المسلم والذمي والمستأمن. ومن هنا أخذت البلدان الإسلامية بقاعدة الإقليمية بحسب الأصل، مع بعض الاستثناءات التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، علـى التفـصيل التالي بعد بيان المقصود بدار الإسلام، ودار الحـرب، ولمقـصود بكـل مـن الـذمي والمستأمن:

دار الإسلام[٢]:

دار الإسلام هي الدولة التي تظهر فيها أحكـام الإسـلام، أو يـستطيع سـكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام. ويدخل في ديار الإسلام كل بلد سكانه – كلهـم أو أغلبهم - مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه، ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين.

وسكان دار الإسلام جميعا، مسلمين وذميين (غير مـسلمين)؛ معـصومو الـدم والمال؛ لأن العصم في الإسلام (ومعناه عدم الإباحة للدم والمال) يكون بأحـد أمـرين؛ الإيمان، والأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد.

دار الحرب[3]:

وهي كل بلد غير إسلامي لا تظهر فيها أحكام الإسلام، ولا يتمكن المـسلمون – إن وجدوا بها - من أن يظهروا فيها هذه الأحكام. ويسمى سكان دار الحرب مـن غيـر

البحر الإقليمي المحدد بمسافة اثني عشر ميلاً بحريا في اتجاه أعالي البحار (انظر المرسوم الملكي رقم ٣٣، وتاريخ ١٣٧٧/٧/٢٧ هـ). وفي ذلك بعض التجاوز لاتفاقية جنيف للبحر الإقليمي، والتي وقعـت عليها المملكة. وقد وضع مشروع جديد لنظام الجمارك بالمملكة حدد العنصر البحري باثني عشر مـيلاً بحريا فقط.

العنصر الجوي: ويتمثل في الفضاء الجوي للدولة فوق أراضيها ومياهها الإقليمية. وسنرى بعـد قليـل الاستثناءات المقررة بالنسبة للجرائم المرتكبة فوق السفن أو الطائرات.

1- عودة: جـ١، ص ٢٧٥.

2- المرجع نفسه.

3- عودة، مرجع سابق، جـ١، ص ٢٧٥، ٢٨٧.

المسلمين بالحربيين، وهم غير معصومي الدم والمال، ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام هدنة أو عهد.

الذمي[١]:

هو غير المسلم الذي يلتزم بأحكام الإسلام، ويقـيم إقامـة دائمـة فـي الدولـة الإسلامية، بغض النظر عن معتقداته الدينية؛ فهو ملزم بأحكام الشريعة الإسلامية بعقـد الذمة، في مقابل الأمان الدائم، والعصمة الدائمة لنفسه وماله.

المستأمن[2]:

هو الأجنبي غير المسلم الذي يقيم في دولة غير إسلامية إقامة معتـادة، وينتمـي إليها، ويدخل الدولة الإسلامية بإذن أو أمان خاص، أو بناء على عهد، ويقيم فيها إقامـة مؤقتة، ويكون معصوم الدم والمال عصمة مؤقتة طوال فترة وجوده في الدولة الإسلامية، ودائمة إذا كان بين دولته والدولة الإسلامية عهد أو هدنة.

مضمون قاعدة إقليمية التشريع الجنائي:

الأصل في كل تشريع جنائي هو تطبيقه تطبيقًا إقليميا على كل ما يقع من الجرائم على إقليم الدولة، وكل من يتركب جريمة، بغض النظر عن جنسيته، ومقتضى ذلـك أن يسري التشريع الجنائي الإسلامي على جميع المسلمين والذميين والمستأمنين المقيمين في الدولة الإسلامية[٣].

ولكن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه من شأنه أن يثير بعض الصعوبات، التي قد تؤدي إلى إيجاد نوع من التنازع بين الدول حول الاختصاص القانوني والقضائي، كمـا يؤدي إلى إفلات بعض الجناة من العقاب. فإذا قلنا بالأخذ بقاعدة الإقليمية على نحو جامد ومطلق؛ فإن تشريع الدولة لا يمتد ليشمل ما قد يقترفه رعايا الدولـة مـن جـرائم فـي الخارج، أو ما يقع ضد الدولة في الخارج من جرائم؛ فيفلـت الجنـاة مـن العقـاب، أو يعاقبون بعقوبات قد لا تتفق في أهدافها مع أهداف النظام الجنائي للدولة.

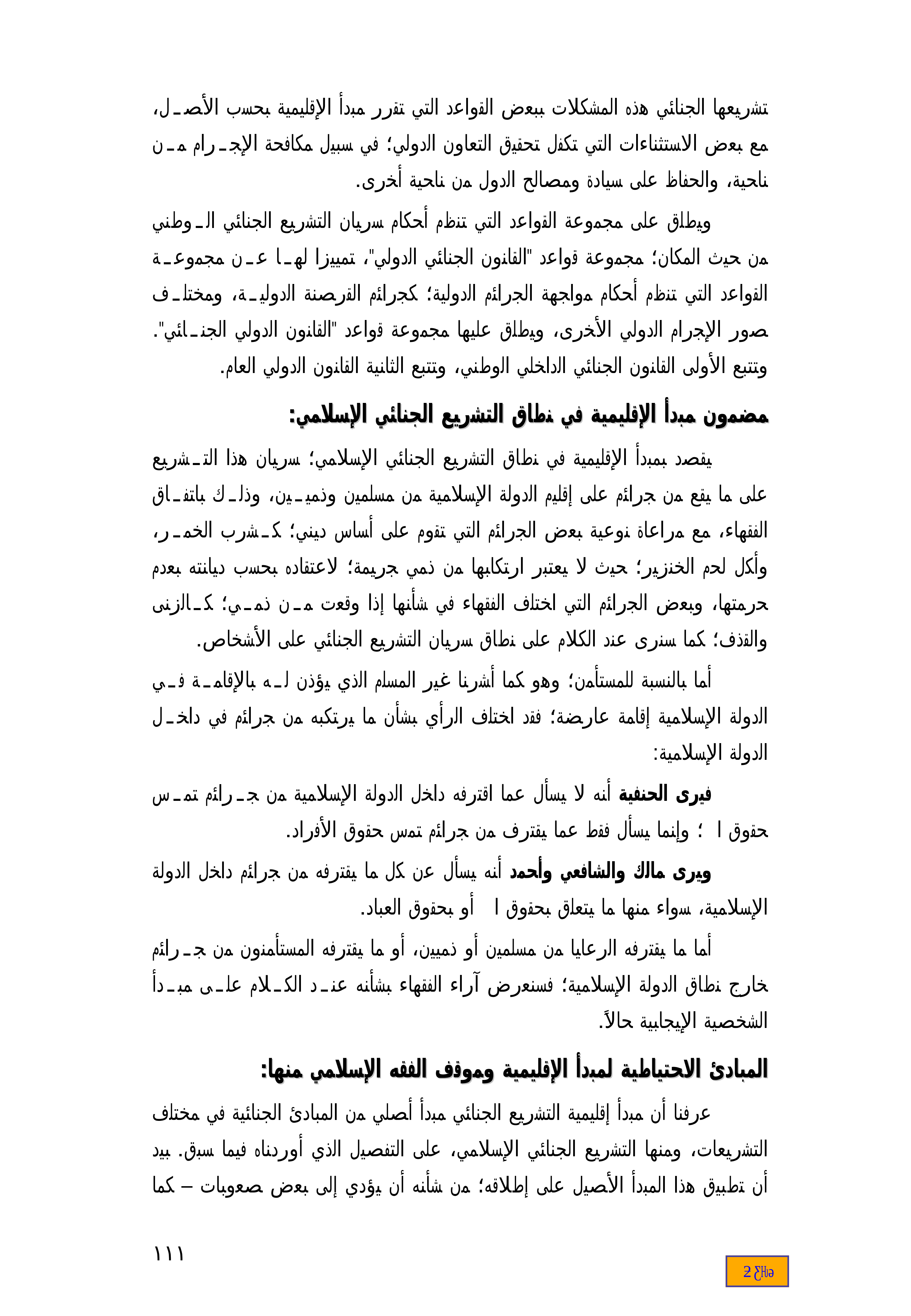
ومن أجل حل مشكلات التنازع بين الدول فيما يتعلق بسريان التشريعات الجنائية من حيث المكان؛ فقد اتجهت الآراء في المحافل الدولية إلى أن تعـالج كـل دولـة فـي

=

1 - المرجع نفسه.

2 - على التفصيل الذي سيرد فيما بعد، وعند الكلام على سريان النصوص الجنائية على الأشخاص.

3 - المرجع نفسه.



تشريعها الجنائي هذه المشكلات ببعض القواعد التي تقرر مبدأ الإقليمية بحسب الأصل، مع بعض الاستثناءات التي تكفل تحقيق التعاون الدولي؛ في سبيل مكافحة الإجرام من ناحية، والحفاظ على سيادة ومصالح الدول من ناحية أخرى.

ويطلق على مجموعة القواعد التي تنظم أحكام سريان التشريع الجنائي الوطني من حيث المكان؛ مجموعة قواعد "القانون الجنائي الدولي"، تمييزا لها عن مجموعة القواعد التي تنظم أحكام مواجهة الجرائم الدولية؛ كجرائم القرصنة الدولية، ومختلف صور الإجرام الدولي الأخرى، ويطلق عليها مجموعة قواعد "القانون الدولي الجنائي". وتتبع الأولى القانون الجنائي الداخلي الوطني، وتتبع الثانية القانون الدولي العام.

مضمون مبدأ الإقليمية في نطاق التشريع الجنائي الإسلامي:

يقصد بمبدأ الإقليمية في نطاق التشريع الجنائي الإسلامي؛ سريان هذا التشريع على ما يقع من جرائم على إقليم الدولة الإسلامية من مسلمين وذميين، وذلك باتفاق الفقهاء، مع مراعاة نوعية بعض الجرائم التي تقوم على أساس ديني؛ كشرب الخمر، وأكل لحم الخنزير؛ حيث لا يعتبر ارتكابها من ذمي جريمة؛ لاعتقاده بحسب ديانته بعدم حرمتها، وبعض الجرائم التي اختلف الفقهاء في شأنها إذا وقعت من ذمي؛ كالزنى والقذف؛ كما سنرى عند الكلام على نطاق سريان التشريع الجنائي على الأشخاص.

أما بالنسبة للمستأمن؛ وهو كما أشرنا غير المسلم الذي يؤذن له بالإقامة في الدولة الإسلامية إقامة عارضة؛ فقد اختلف الرأي بشأن ما يرتكبه من جرائم في داخل الدولة الإسلامية:

فيرى الحنفية أنه لا يسأل عما اقترفه داخل الدولة الإسلامية من جرائم تمس حقوق ا ؛ وإنما يسأل فقط عما يقترف من جرائم تمس حقوق الأفراد.

ويرى مالك والشافعي وأحمد أنه يسأل عن كل ما يقترفه من جرائم داخل الدولة الإسلامية، سواء منها ما يتعلق بحقوق ا أو بحقوق العباد.

أما ما يقترفه الرعايا من مسلمين أو ذميين، أو ما يقترفه المستأمنون من جرائم خارج نطاق الدولة الإسلامية؛ فسنعرض آراء الفقهاء بشأنه عند الكلام على مبدأ الشخصية الإيجابية حالاً.

المبادئ الاحتياطية لمبدأ الإقليمية وموقف الفقه الإسلامي منها:

عرفنا أن مبدأ إقليمية التشريع الجنائي مبدأ أصلي من المبادئ الجنائية في مختلف التشريعات، ومنها التشريع الجنائي الإسلامي، على التفصيل الذي أوردناه فيما سبق. بيد أن تطبيق هذا المبدأ الأصيل على إطلاقه؛ من شأنه أن يؤدي إلى بعض صعوبات – كما

أشرنا - تتمثل في التنازع بين القوانين الجنائية للدول المختلفة، في بعض الحالات التي تختلف فيها جنسيات أطراف الجريمة، والتي يقع فيها جزء من الجريمة في بلد، والجزء الآخر في بلد آخر. ومن هنا سعت الدول إلى البحث عن الحلول المناسبة لإزالة هذا التنازع بمبادئ احتياطية، واتفقت على أن يعالج في النصوص الجنائية الوطنية على أسس موحدة بقدر الإمكان، من حيث تحديد المبدأ الأصلي (وهو مبدأ الإقليمية)، ومدى الاستثناءات التي يمكن أن ترد عليه لحل التنازع المشار إليه. وقد برزت – في هذا الصدد - اتجاهات ثلاثة؛ الأول يرى أن العبرة بالمكان الذي يقترف فيه النشاط الإجرامي، والثاني يرى أن العبرة بالمكان الذي يتم فيه عنصر النتيجة المكمل للركن المادي في الجريمة، أما الثالث فيرى أن للدولة أن تطبق تشريعها الجنائي على كل جريمة اقترفت كلها أو جزء منها على إقليمها.

وفيما يلي أهم المبادئ الاحتياطية[1] التي أخذت بها غالبية الدول في إطار الاتجاهات المشار إليها، مع بيان موقف الفقه الجنائي الإسلامي من كل منها.

١ - مبدأ الشخصية الإيجابية:

يقصد بالشخصية الإيجابية؛ شخصية الجاني الوطني الذي يقترف جرائمه في الخارج، وذلك في مقابل الشخصية السلبية التي يقصد بها المجني عليه الوطني الذي يكون ضحية لجرائم تقترف في الخارج[2].

ويقصد بمبدأ الشخصية الإيجابية – بناء على ذلك - امتداد سلطان التشريع الجنائي الوطني إلى خارج الدولة، ليسري على الجناة الوطنيين الذي يقترفون جرائم في الخارج؛ وهو استثناء من مبدأ الإقليمية، اقتضته ضرورة عملية، تتمثل في وجوب ضمان حسن سلوك الرعايا في الخارج، كما اقتضته ضرورة تدعيم التعاون الدولي في مكافحة

=

1- محمود مصطفى: القسم العام، ص ١١٨ وما بعدها؛ الأصول، ص ٣٢ وما بعدها.

2- لا تأخذ غالبية التشريعات بمبدأ الشخصية السلبية، كما ينتقد كثير من الشراح الأخذ به، على أساس أن جنسية المجني عليه لا تبرر امتداد سلطان الجنائي الوطني إلى الخارج، فضلاً عما يتضمنه من تشكيك في مقدرة الدول الأجنبية على توفير الحماية اللازمة للأجانب. ومع ذلك قد أخذ به عدد من التشريعات، على خلاف بينها في التفصيل، ومن هذه التشريعات: القانون البلغاري (المادة ٦٧)، والقانون السويسري (المادة ٥)، والقانون الإيطالي (المادتان ١٠، و١١)، والقانون اليوغسلافي (المادتان ٩٤، و٩٥)، واليوناني (المادة ٧)، والحبشي (المادتان ١٩، و٢٠).

(يراجع في التفصيل، محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٢٣).

الإجرام، حتى لا يفلت الجناة من العقاب بالهرب إلى بلادهم بعد اقترافهم الجرائم؛ ولذا أخذت به مختلف الدول، ولا يكاد يخلو منه أي تشريع جنائي.

الفقه الإسلامي ومبدأ الشخصية الإيجابية:

هل يسري مبدأ الشخصية الإيجابية في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي، فيمتد سلطان التشريع الجنائي الإسلامي إلى خارج الدولة، ليشمل ما يقترفه رعايا الدولة الإسلامية في الخارج، ولو كانت هذه الجرائم مباحة وفقًا لقانون الدولة الأجنبية؟

إن مضمون مبدأ الشخصية الإيجابية على النحو الموضح فيما سبق؛ يتفق مع رأي جمهور الفقهاء، ويختلف مع رأي الحنفية على التفصيل الآتي[1]:

رأي الجمهور، مالك والشافعي وأحمد:

يمتد سلطان التشريع الجنائي الإسلامي إلى خارج الدولة الإسلامية، ليشمل ما يرتكبه المسلم أو الذمي التابع للدولة الإسلامية من جرائم. وأساس ذلك عندهم أخذهم بفكرة الولاية الحكمية دون الفعلية على الجاني وقت ارتكاب الجريمة، وقصر الأخذ بفكرة الولاية الفعلية على تنفيذ الحكم الصادر عليه. والولاية الحكمية تكون متوافرة بالنسبة للرعايا المسلمين أو الذميين عما يقترفونه من جرائم في الخارج؛ حيث يتعين التزامهم بأحكام الإسلام، وبالسلوك الإسلامي في أي مكان، في الداخل أو في الخارج.

رأي الحنفية: لا يمتد سلطان التشريع الجنائي الإسلامي إلى خارج الدولة الإسلامية ليشمل ما يرتكبه المسلم أو الذمي التابع للدولة الإسلامية في الخارج من جرائم. وأساس ذلك عندهم أخذهم بفكرة الولاية الفعلية على الجاني دون الحكمية، سواء عند اقتراف الجريمة، أو عند تنفيذ الأحكام، وهذه الولاية الفعلية تكون مفتقدة عند ارتكاب الجرائم في الخارج.

والراجح – في نظرنا - هو مذهب الجمهور؛ لموافقته للاتجاه الذي سلكته غالبية التشريعات، والذي يتضمن تحقيق فوائد لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية في شيء؛ بل إن روح الشريعة تؤكدها، وتحث عليها؛ فالشريعة تطالب المسلم - كما تطالب الذمي الذي التزم أحكام الإسلام بعقد الذمة – أن يكون مسلكه إسلاميا أينما كان، والشريعة كذلك تحض على التعاون فيما يؤدي إلى صالح العباد، وفي مكافحة الإجرام، وحل مشكلات التنازع الدولي، ومحاربة إفلات المجرمين من العقاب؛ ما يحقق المصلحة، ويكون العقاب

=

[1]- انظر: أبو زهرة، جـ١، ص ٣٤٦ وما بعدها؛ عودة، جـ١، ص ٢٧٤ وما بعدها.

على ما يرتكب في الخارج من جرائم الحدود والقصاص وجوبا على ولي الأمر، بخلاف الجرائم التعزيرية؛ حيث يكون العقاب عليها جوازا له.

أما المستأمن فلا يسأل باتفاق الفقهاء، ولا يخضع للتشريع الجنـائي الإسـلامي، بالنسبة لما يقترفه من جرائم في الخارج؛ حيث لا ولاية للدولة الإسـلامية عليـه وهـو في الخارج.

شروط تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية:

تشترط الدول التي تأخذ بمبدأ الشخصية الإيجابية لمعاقبة الجاني الوطني بموجب التشريع الوطني عن الجرائم التي يرتكبها في الخارج؛ **الشروط التالية**:

*** الشرط الأول: أن يحمل الجاني جنسية البلد الذي يريد تطبيق هذا المبدأ:**

والعبرة بجنسية الجاني وقت اقتراف الجريمة لدى غالبية التـشريعات. وتـنص بعض التشريعات على سريان هذا المبدأ، ولو اكتسب الجـاني الجنـسية الوطنيـة بعـد ارتكاب جريمته.

والواقع إن ما يتفق مع النظام الجنائي الإسلامي في نظرنا – وفقًا للراجح لـدى جمهور الفقهاء كما أشرنا – هو أن يكون الوطني الذي يرتكب الجريمة وهو في الخارج تابعا للدول الإسلامية وقت اقترافه الجريمة لا بعدها؛ حيث يكون للدولة الإسلامية الولاية الحكمية عليه في ذلك الوقت، وعليه يكون خاضعا للتشريع الجنائي الإسلامي، ومـستحقا للعقاب بموجبه، دون أن يفيده فقد جنسية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب جريمته.

*** الشرط الثاني: أن تكون الجريمة على مستوى الجناية أو الجنحة:**

وذلك وفقًا للتقسيم الثلاثي التقليدي الوضعي للجرائم من حيث الجـسامة؛ حيـث تستبعد المخالفات لتفاهتها.

وقد أشرنا – فيما تقدم عند عرض هذا التقسيم - إلى أنه لا مقابلة بينـه وبـين تقسيم الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي إلى حدود وقصاص وتعازير؛ حيـث تعـد جرائم الحدود والقصاص كلها من قبيل الجنايات، وبعض جرائم التعزير الجسيمة؛ فيمكن تقسيم جرائم التعزير وحدها إلى جنايات وجنح ومخالفات، حسب جسامة الفعل التعزيري.

فيمكن إذن الأخذ بهذا الشرط وفقًا للإيضاح السابق في نطاق التشريع الجنائي الإسلامي.

*** الشرط الثالث: أن تكون الجريمة معاقبا عليها بمقتضى قانون البلد الأجنبي الذي وقعت فيه[1]:**

وهذا الشرط – في الواقع - هو الجدير بالتوقف عنده، لأن الأخذ به على إطلاقه يصطدم مع روح وأهداف الشرع الإسلامي. ولإيضاح ذلك نعرض **المثال التالي**:

اقترف "زيد" السعودي الجنسية جريمة شرب خمر في بلد أجنبي، لا يعاقب قانونه على شرب الخمر، ولما عاد إلى المملكة العربية السعودية شـهد عليـه رفاقـه بواقعـة الشرب، فأقر بها أمام السلطات؛ فهل يمتنع علـى الـسلطات فـي المملكـة محاكمتـه رغم اعترافه؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين رأي الحنفية، ورأي الجمهـور في صدد مبدأ الشخصية الإيجابية، وامتداد سلطان التـشريع الجنـائي الإسـلامي إلـى الخارج، ليلحق بالرعايا، وما يقترفونه من جرائم.

* **فالحنفية** – كما رأينا - يأخذون بفكرة الولاية الفعليـة علـى الجـاني وقـت ارتكاب الجريمة، ويرون أن هذه الولاية تكون مفتقدة في حالة ارتكـاب أحـد الرعايـا جريمة في الخارج، إلا إذا كانت هذه الجريمة قتل شخص معصوم الدم؛ فتجب الدية دون القصاص؛ لأن الولاية الفعلية للدولة الإسلامية غالبا ما تتوافر على ماله ومال عاقلته.

* **أما جمهور الفقهاء "مالك والشافعي وأحمـد"**؛ فيـرون أن العبـرة بالولايـة الحكمية للدولة الإسلامية على الجاني وقت ارتكابه الجريمة في الخارج، ولا يـشترطون الولاية الفعلية إلا بالنسبة لتنفيذ الحكم. وهذه الولاية الحكمية تكون متوافرة دائما؛ حيـث يتعين أن يكون مسلك التابع للدولة الإسلامية مسلكًا إسلاميا على الدوام أينما ذهب.

وبناء على ذلك يمكن القول إن "زيدا" السعودي الجنـسية لا يخـضع للتـشريع الجنائي الإسلامي عن جريمة الشرب التي ارتكبها في الخارج، وفقًا لرأي الحنفية؛ لافتقاد الولاية الفعلية للدولة الإسلامية عليه وقت الشرب، بينمـا يخـضع للتـشريع الجنـائي الإسلامي ويعاقب وفقًا لرأي الجمهور؛ لتوافر الولاية الحكمية عليه وقت الشرب، وبغض النظر عن مسلك القانون الأجنبي من حيث العقاب على الشرب من عدمه.

=

[1] - لم تأخذ قوانين سوريا ولبنان والأردن والسودان بهذا الشرط.

*** الشرط الرابع: أن يعود الجاني لدولته:**

عرفنا أن الوطني التابع للدولة الإسلامية لا يعاقب عند الحنفية عما يقترفه من جرائم في الخارج، ويعاقب عند الجمهور على أساس الولاية الحكمية للدولة الإسلامية عليه وهو في الخارج، وأن الولاية الفعلية عند الجمهور لا تطلب إلا عند تنفيذ الحكم.

ووفقًا لرأي الجمهور يمكننا أن نعلق على هذا الشرط بقولنا إنه إذا ارتكب أحد رعايا الدولة الإسلامية في الخارج مثلاً جرما معينًا، وتوافرت الأدلة والقرائن للدولة الإسلامية، فإنه بناء على فكرة الولاية الحكمية أيضا؛ يمكن محاكمته غيابيا، وإصدار حكم شرعي في الواقعة. وإذا تضمن هذا الحكم عقوبة يمكن تنفيذها؛ كمصادرة أموال موجودة للجاني في الدولة الإسلامية، ولها علاقة بالجريمة، وكالغرامة إن كان له مال؛ يمكن الحجز عليه، واستيفاء الغرامة منه. وكل ذلك على أن يعطى فرصة الدفاع نفسه، وإعادة المحاكمة إذا لزم الأمر، ورد ما أخذ من أمواله إليه إذا اتضح عدم صحة الحكم الغيابي. وإن تنفيذ المصادرة والغرامة في مثل هذه الأحوال؛ إنما يكون على أساس الولاية الفعلية على أموال الجاني.

قيود المحاكمة عن الجرائم المرتكبة في الخارج:

ولكن ما الحكم إذا حوكم الوطني أمام المحاكم الأجنبية فأصدرت حكمها النهائي بالبراءة، أو بالإدانة مع استيفاء الجاني للعقوبة المحكوم بها في حالة الإدانة؟

تتجه التشريعات في حالة تثبتها من ذلك إلى عدم جواز إعادة المحاكمة في هذه الأحوال، ويسوي بعضها في الأثر بين تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وبين سقوطها بالعفو أو بالتقادم[1].

أما بالنسبة للتشريع الجنائي الإسلامي؛ فالاختصاص بالجرائم المرتكبة من رعايا الدولة الإسلامية في الخارج يكون للدولة الأجنبية وفقًا لرأي الحنفية؛ حيث تفتقد الولاية الفعلية للدولة الإسلامية عليهم هناك، ويكون الاختصاص للدولة الإسلامية وفقًا لرأي الجمهور كما ذكرنا.

=

[1]- ومن هذه التشريعات قوانين سوريا ولبنان (المادة ٢٧)، والأردن (المادة ١٢)، والمغرب (المادتان ٧٥١، ٧٥٢)، والجزائر (المادتان ٨٥٢، ٨٥٣)، والعراق (المادة ١٤).

(محمود مصطفى: الأصول، ص ٣٧).

وبناء على ذلك فلن تعاد المحاكمة، أو ينظر في الأحكام الصادرة على الرعايـا عن الجرائم التي يقترفونها في الخارج وفقًا لرأي الحنفية، إلا إذا طلبت الدولة الأجنبيـة تنفيذ الأحكام الصادرة عليهم من الدولة الإسلامية.

أما وفقًا لرأي الجمهور؛ فسينظر حتما في الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية؛ لانعقاد الاختصاص أصلاً بشأن الجرائم الصادرة فيها للدولة الإسـلامية التـي يتبعهـا الرعايا، بناء على مبدأ الشخصية الإيجابية. فإذا كانت الجريمـة مـن صـنف الحـدود والقصاص؛ فنادرا ما يوافق الحكم الأجنبي حكم الشرع، وعلى فـرض صـدور حكـم الإعدام على الجاني الوطني في جريمة قتل؛ فقد تكون إجراءات المحاكمة والتثبت مـن الشروط الموضوعية اللازمة للحكم قد تمت على أسس مناقضة للشريعة الإسلامية.

ولذا نقول إنه يشترط للموافقة على الحكم الأجنبي الصادر في جريمة من صنف جرائم الحدود والقصاص أن يكون موافقًا من الناحيتين الموضوعية والإجرائية للـشريعة الإسلامية؛ وهو أمر نادر الوقوع عملاً. فإذا لم يكن كذلك، كان للدولة الإسلامية أن تعيد المحاكمة، ولو حكم عليه بعقوبة دون القتـل كـالحبس أو الغرامـة، واسـتوفاها كليـا أو جزئيا.

أما إذا كان الحكم الصادر من محكمة أجنبية في جريمـة مـن صـنف جـرائم التعزير؛ فلولي الأمر أن يكتفي بما صدر من شأن الجاني الوطني، وما وقع عليـه مـن عقوبات كالحبس أو الغرامة، يستوعبها نظام التعزير الإسلامي المرن، وإنـه وإن كـان الأمر جوازيا لولي الأمر، إلا أننا نرى عدم محاكمة الجاني عن جريمته التي صدر فيها حكم نهائي أجنبي، ما دامت من النوع التعزيري، وحتى لا يحاكم الشخص عـن جـرم مرتين دون مخالفة واضحة للنظام الجنائي الإسلامي.

٢- مبدأ العينية:

مقتضى هذا المبدأ سريان التشريع الجنائي الوطني على من يرتكب جرائم بعينها؛ نظرا لخطورتها على المصالح الأساسية للدولة، مهما كان مكان ارتكاب الجريمة؛ لتعقب الجناة أيا كانت جنسياتهم. وغالبا ما تتعلق هذه الجرائم بأمن الدولة، وبـالإخلال بالثقـة؛ كجرائم تزييف العملة، وجرائم التزوير[1].

=

[1]- يأخذ قانون العقوبات المصري بهذا المبدأ في المادة (٢/٢)؛ حيث ينص على سريان أحكامه على:

"كل من ارتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية:

(أ) جناية تخل بأمن الحكومة؛ مما نص عليه في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون.

فهذا المبدأ يعاقب وفقًا له الوطني والأجنبي، عن الجرائم الخطيرة التي ترتكب في الخارج، وفائدة مشمولة للوطني أن الجريمة قد لا يعاقب عليها في مكان وقوعها، وقد لا يعود مرتكبها إلى وطنه، وعندئذ لا يتسنى تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية. بيد أن بعض القوانين العربية قد خصت الأجنبي بمبدأ العينية دون الوطني؛ مثل نصوص الإجراءات الجنائية في كل من الجزائر والمغرب، التي اشترطت لمعاقبة الأجنبي في هذه الحالة القبض عليه أو تسليمه إليها[1].

وإيراد مبدأ العينية في النص بصورته المجردة المشار إليها بالنسبة للوطني والأجنبي على السواء؛ أمر محل نظر، ذلك أن الأخذ به على هذا النحو لن يعدو أن يكون لمجرد التهديد، وقلما توجد طبقات له، فضلاً عن أن الأحكام التي تصدر بشأن مثل هذه الجرائم تكون غيابية في معظم الحالات إن لم يكن في جميعها. ويدعم هذا النظر؛ أنه لا يتصور أن تبادر دولة ما إلى تسليم رعاياها، أو إلى تسليم أحد المجرمين السياسيين بسهولة؛ لذا كانت بعض التشريعات أكثر واقعية بشأن هذا المبدأ، عندما قرنت الأخذ به بشرط القبض على الجاني فيها، أو تسليمه إليها؛ كما هي الحال في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي[2]، وقانون الإجراءات الجنائية المغربي[3]، وقانون الإجراءات الجنائية الجزائري[4] المشار إليه منذ قليل.

ويتفق هذا المبدأ – في الواقع - مع النظام الجنائي الإسلامي وفقًا لرأي الجمهور (مالك والشافعي وأحمد)؛ في شق منه فقط، وهو الشق المتعلق بسريان سلطان التشريع الجنائي الإسلامي على الوطني التابع للدولة الإسلامية عما يقترفه من جرائم في الخارج، وهو في ذلك يتفق مع مفهوم مبدأ الشخصية الإيجابية، بعيدا عن الشروط والقيود التي تحيط به في الدول غير الإسلامية، أو التي لا تطبق النظام الجنائي الإسلامي على التفصيل الذي أوضحناه في هذا الصدد منذ قليل. أما فيما يتعلق بالشق الآخر من مبدأ العينية (وهو المتعلق بامتداد سريان التشريع الجنائي ليشمل الأجنبي الذي يقترف جرائم

(ب) جناية تزوير مما نص عليه في المادة ٢٠٦ من هذا القانون.

(جـ) جناية تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة ٢٠٢، أو جناية إدخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة أو المزيفة أو المزورة إلى مصر، أو إخراجها منها أو ترويجها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها؛ مما نص عليه في المادة ٢٠٢، بشرط أن تكون العملة متداولة قانونًا في مصر".

[1] - محمود مصطفى: الأصول، ص ٣٣، (المواد ٧٥١ و٧٥٧ مغربي، ٥٨٢ و٥٨٣ جزائري).

[2] - المادة ٦٩٤.

[3] - المادتان: ٧٥٢، و٧٥٧.

[4] - المادتان: ٥٨٢، و٥٨٣.

في الخارج)؛ فإنه لا يتفق مع النظام الجنائي الإسلامي، الذي يقرر - وفقًا لرأي الجمهور كما أشرنا- عدم إمكان معاقبة مثل هذا الشخص الأجنبي في هذه الحالة؛ حيث لا ولايـة للدولة الإسلامية عليه في الخارج.

أما لو اقترف الأجنبي ما يهدد أمن وسلامة الدولة الإسلامية، وقبض عليه فيهـا، أو سلم إليها؛ فليس ثمة ما يمنع من عقابه في إطار النظام الإسلامي عن جرمه، تأسيـسا على مبدأ العينية المحقق لمصالح الدولة الإسلامية.

وبذلك يمكن القول بأن الأخذ بمبدأ العينية بصورته المجردة؛ منتقد فـي نطـاق التشريع الجنائي الإسلامي، أما الأخذ به مع شرط القبض على الجاني الأجنبي في الدولة الإسلامية أو تسلمه إليها؛ فهو المقبول، والذي يتـصور تطبيقـه حفاظـًا علـى الدولـة الإسلامية وأمنها وسلامتها ضد عبث أعدائها.

٣- مبدأ العالمية:

مقتضى مبدأ العالمية (وهو من المبادئ الاحتياطية التي قصد بها علاج مـشاكل التنازع من حيث الاختصاص كما أشرنا) أن يكون للتشريع الوطني اختصاص بالنـسبة لأي جريمة يضبط الجاني فيها فوق إقليم الدولة، بغض النظر عن مكان وقوعها، وبغض النظر عن جنسية هذا الجاني. وقد اتجه الفقهاء إلى هذا المبدأ بغية تحقيق المزيـد مـن التعاون الدولي في مكافحة صور الإجرام، التي أصبحت ذات طابع فني ودولي، إن جاز هذا الوصف؛ حيث أصبح في إمكان العصابات الخطيرة أن تقترف جـرائم لا يقتـصر ضررها أو خطرها على دولة واحدة؛ كجرائم تزييف العمـلات، وخطـف الطـائرات، والاعتداءات المسلحة على الأجهزة الدولية والإقليمية والوطنية وعلى الأفراد، وأصبح في إمكان أفراد هذه العصابات الاعتماد على الأساليب والوسائل العلمية والفنية الحديثة فـي ارتكاب جرائمهم؛ بل أصبح في إمكانهم أيضا الفرار والتنقل من بلد إلى بلد، اعتمادا على فن تزوير الوثائق الرسمية من ناحية، وسهولة وسائل الاتصال والمواصلات وتقدمها من ناحية أخرى.

ولقد كان بإمكان الدولة ألا تلجأ إلـى هـذا المبـدأ المـسمى لـدى الـبعض[1] بالاختصاص العالمي أو الشامل، وأن تعتمد بدلاً منه على "نظام تسليم المجرمين"؛ بيد أنه من المبادئ المقررة في هذا النظام – بصفة عامة - أنه لا يجوز التسليم من أجل بعـض الجرائم، كما لا يجوز تسليم رعايا الدولة المطلوب منها التسليم، وبذلك يمكـن أن يفلـت

=

[1]- علي راشد: القانون الجنائي، مرجع سابق، ص ١٩٦، ١٩٧.

المجرم من العقاب؛ حيث تتفاوت التشريعات من حيث التجـريم، ومـن حيـث قواعـد الاختصاص، إلى المدى الذي يحتمل أن يكون الفعل المقترف والمطلوب التسليم من أجله مباحا في الدولة المطلوب منها التسليم. ومع ذلك فإن الاتفاق حـول مرونـة الـشروط المعمول بها في نظام تسليم المجرمين متصور بين الدول، في سبيل تدعيم روح التعاون الدولي في مكافحة الإجرام، بيد أن هذا رهين باستمرار صفاء العلاقـات بـين الـدول المتفقة، وهو أمر غير مضمون في الوقت الراهن.

ولكن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه تعترضه عدة صعوبات، منها أنه من المستحيل عملاً أن يتمكن القاضي الوطني من معرفة كافة القوانين العالمية، ليطبق على كل حالة قانون الإقليم الذي وقعت فوقه الجريمة، باعتباره القانون الأولى بالتطبيق؛ لذا جرت بعض التشريعات الحديثة على قصر الأخذ بهذا المبدأ على جرائم معينة؛ كتزييف العملة، والاتجار بالمخدرات، والقرصنة، مع الأخذ به كمبدأ احتياطي، وبشرط المعاقبة على الجريمة في الدولتين. وقد جعلت هذه التشريعات الأولوية للدولة التي وقعت فيها الجريمة، إذا طلبت تسليم الجاني. ومن هذه التشريعات القانون السويسري[1].

أما عن مدى توافق مقتضى مبدأ العالمية مع النظام الجنائي الإسـلامي؛ فـيمكن القول بأن النظام الإسلامي لا يسري على الجرائم التي يرتكبها الأجنبي خـارج الدولـة الإسلامية؛ حيث لا ولاية للدولة الإسلامية عليه وهو في الخارج، كما سبق أن أوضحنا، ولكن ذلك لا يمنع إطلاقًا أن تسهم الدولة الإسلامية – على سبيل التعاون الدولي - فـي مكافحة الإجرام، وذلك بالانضمام إلى معاهدات تسليم المجرمين في الإطار الذي يـسمح به النظام الإسلامي، كما سنرى عند الكلام عن نظام تسليم المجرمين بعد قليل.

٤ - مبدأ قانون العلم:

يتجه الرأي الغالب في الفقه، كما تتجه غالبيـة التـشريعات المقارنـة؛ إلـى أن الاختصاص بشأن الجرائم التي تقع على السفن ينعقد لقانون الدولة التي ترفـع الـسفينة علمها، ولو كانت السفينة في مياه إقليمية لدولة أخرى، ولكن هذا الاختصاص يتعطل في الحالة الأخيرة (أي في حالة وجود السفينة في المياه الإقليمية لدولة أخرى) فـي أحـوال

=

[1]- المواد: ٢٠٢، ٢٤٠، و٢٤٥.

(محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٢٩).

وقد أخذت بعض قوانين الدول العربية بهذا المبدأ، على اختلاف بينها في التفاصيل، وهي: سوريا ولبنان (المادة ٢٣)، والأردن (المادة ١٠)، والعراق (المادة ١٣). (تراجع التفاصيل لدى محمـود مـصطفى، الأصول، ص ٣٧، و٣٨).

معينة؛ حيث ينعقد الاختصاص لقانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية، وهذه **الأحوال هي**[1]:

١- إذا تعدت الجريمة حدد السفينة، بأن شملت فردا من غير ركابها وبحارتها بصفته جانيا أو مجنيا عليه.

٢- إذا أخلت الجريمة بأمن الميناء أو أمن الدولة صاحبة السيادة على المياه الإقليمية.

٣- إذا طلب قبطان السفينة المساعدة من سلطات الدولة صاحبة الإقليم.

أما بالنسبة للجرائم التي تقترف على متن الطائرة؛ فتخضع لقواعد مشابهة للقواعد السابقة؛ حيث ينعقد الاختصاص في الغالب – بحسب الأصل - لقانون جنسية الطائرة أينما وجدت. وتسترشد غالبية التشريعات المعاصرة في تنظيم أحكام الجرائم التي تقع على متن الطائرة، بما ورد في اتفاقية طوكيو لسنة ١٩٦٣ (بشأن الجرائم التي تقع على الطائرات). وقد نصت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على أن الدولة المسجل فيها الطائرة هي التي تختص بمحاكمة من يرتكب جريمة على ظهرها أثناء طيرانها، كما تنص المادة الرابعة على أنه ليس للدولة التي تمر فوقها الطائرة أن تعوق طيرانها بسبب جريمة وقعت على ظهرها إلا في الحالات الآتية:

١- إذا خلفت الجريمة أثرا على إقليم الدولة.

٢- إذا وقعت الجريمة من أو على أحد رعايا الدولة أو أحد المقيمين على إقليمها.

٣- إذا مست الجريمة أمن الدولة صاحبة الإقليم.

٤- إذا كانت الجريمة مخالفة لأحكام الطيران أو المناورات في الدولة صاحبة الإقليم.

٥- إذا كانت ممارسة الاختصاص القضائي بشأن الجريمة المقترفة على متن الطائرة أمرا ضروريا لتنفيذ التزام على الدولة بمقتضى اتفاق دولي[2].

=

[1]- السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص ١٣٧.

وتنص المادة ٢٥ من القانون المصري ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ (في شأن الأمن والنظام والتأديب في السفن، على أن: "الجرائم التي ترتكب على ظهر سفينة ترفع علم الجمهورية؛ تعتبر أنها ارتكبت في أراضيها". وعلى غرارها جاءت المادة ١٧ من كل من القانونين السوري واللبناني (محمود مصطفى: الأصول، ص ٣٢).

[2]- أصدرت المملكة العربية السعودية مرسوما ملكيا برقم م/٣٧، وتاريخ ١٣٨٦/٨/٢٢، بالموافقة على اتفاقية طوكيو لسنة ١٩٦٣، واعتبرت نصوص الاتفاقية كما هي قانونًا؛ كالأنظمة الصادرة من السلطة

تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي:

عرفنا فيما تقدم – وفقًا لرأي جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد – أن التشريع الإسلامي يطبق على الذمي (غير المسلم) الذي يلتزم بأحكام الإسلام ويقيم إقامة دائمة في الدولة الإسلامية بعقد الذمة؛ وذلك بالنسبة لما يقترفه من جرائم في داخل الدولة الإسلامية أو خارجها؛ كالمسلم الذي يعيش فيها تماما. أما المستأمن (وهو الأجنبي غير المسلم الذي يقيم في الدولة إقامة مؤقتة).. فإنه يخضع للتشريع الجنائي الإسلامي بالنسبة لما يقترفه من جرائم داخل الدولة الإسلامية فحسب، أما ما يقترفه من جرائم خارج الدولة الإسلامية؛ فلا ولاية للدولة الإسلامية عليه هناك، فهو إذا كالأجنبي تماما الذي لم يأتِ إلى الدولة الإسلامية إلا بعد ارتكاب جريمته في الخارج؛ ففي هذه الحالة – كما أشرنا - لا يكون للقاضي الوطني الإسلامي أن يعاقبه بمقتضى أحكام التشريع الجنائي الإسلامي كما أشرنا. ونرى أن تتولى الدولة الإسلامية تسليمه إلى الدولة التي اقترف جريمته على إقليمها، باعتبارها الدولة الأولى بمعاقبته؛ فليس ثمة فرصة إذًا لكي يطبق القاضي الإسلامي الوطني القانون الجنائي الأجنبي؛ وإن كان ذلك متصورا في المجال التعزيري للاسترشاد به، بشرطين هما: عدم مخالفة النص الجنائي الأجنبي للنظام العام الإسلامي، وأن يكون في تطبيق هذا النص الأجنبي صالح المتهم.

هذا.. وقد كان هذا الموضوع من بين الموضوعات التي طرحت للبحث في مؤتمرين دوليين هما: مؤتمر بوخارست (سنة ١٩٢٩)، والمؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة (سنة ١٩٦١).

مدى حجية الأحكام الجنائية الأجنبية:

الفرض هنا أن يرتكب أحد رعايا الدولة الإسلامية في الخارج جريمة ما، ويصدر عليه حكم جنائي بالإدانة مع توقيع عقوبة ما؛ فهل تلتزم الدولة الإسلامية بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي إذا ما أرسلته الدولة الأجنبية رسميا طالبة التنفيذ؟

أولاً: الوضع في التشريعات المعاصرة:

القاعدة أن الأحكام الجنائية الصادرة من محاكم أجنبية؛ لا تكون لها آثار إيجابية إلا في الدولة التي تصدر فيها، وذلك استنادا إلى مبدأ إقليمية القانون الجنائي؛ فهي إذن سلبية الآثار في الدول الأخرى.

التنظيمية (التشريعية) بالمملكة، وسمي هذا القانون بنظام اتفاقية الجنح والأفعال الأخرى المرتكبة على متن الطائرة.

ومع ذلك ترتب بعض التشريعات بعض الآثار الإيجابية على الأحكـام الأجنبيـة على سبيل الاستثناء؛ كأن تجيز تنفيذ هذه الأحكام[1]، أو تستند إليها في ترتيـب تـدابير احترازية أو الحكم بتعويضات مدنية، أو اعتبارها في حساب العود[2]، أو في الحرمـان من بعض المزايا والحقوق.

أما فيما يتعلق بالآثار السلبية للحكم الأجنبي، وأهمها حجية الحكم فيما قضي به؛ فقد قررت بعض التشريعات ترتيب هذه الآثار، وذلك تمشيا مع العدالة التي تقتـضي عـدم جواز محاكمة الشخص عن جريمة واحدة مرتين. وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون العقوبـات المصري[3]، حين قرر أن الحكم النهائي الصادر من المحاكم الأجنبية يكون مانعـا مـن إعادة المحاكمة؛ أي يكون له حجيته إذا كان صادرا بالبراءة، أو بإدانـة الـشخص مـع استيفاء عقوبته كاملة.

ويرى البعض [4] هنا أن المعول عليه حاليا أن حكم البراءة الصادر من محكمـة أجنبية لا يكون مانعا من إقامة الدعوى الجنائية في مصر، إلا إذا كان سبب البراءة هـو عدم ثبوت الواقعة لا عدم التجريم، ولا ينبغي أن يقاس على حكم البراءة حالـة "حفـظ القضية، التي يصدر بشأنها أمر أو قرار من "سلطة التحقيق" الأجنبية؛ إذ لا محل للقياس هنا لبعد الحفظ عن معنى البراءة، وبالتالي تجوز إعادة المحاكمة في حالة "الحفظ".

هذا وقد عرض هذا الموضوع على مؤتمري؛ بوخارست لسنة ١٩٢٩م، ولاهاي لسنة ١٩٦٤م. أما مؤتمر بوخارست فقد أوصى بصورة عرضـية بـأن يكـون للحكـم الأجنبي الآثار التي يتطلبها التعاون الدولي، ولا تتعارض مع النظام العـام فـي الدولـة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها. وأما مؤتمر لاهاي فقد عرض للموضـوع علـى نحـو تفصيلي، ومن أهم توصياته[5] – في هذا الصدد - أنه لكي يعترف بالحكم الأجنبي فـي الدول الأخرى؛ يشترط أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المحكوم فيه، وأن يكون الفعـل مجرمـا فـي البلـدين، وألا يكـون صـادرا فـي جريمـة سياسـية أو عـسكرية

=

1- القانونين السويسري (المادتان، ٣، ٥)، والإثيوبي (المادة ١٢).

2- قوانين المغرب (مادة ٧٦٢)، وسوريا ولبنان (المادة ٢٩). ومن التشريعات الأجنبية قـوانين فنلنـدا والنرويج وبولندا وإيطاليا واليونان.

3- المادة الرابعة من قانون العقوبات المصري (الفقرة الثانية).

4- علي راشد: القانون الجنائي، ص ٢٠٠.

5- محمود مصطفى، القسم العام، ص ١٣٣.

أو مالية، وأن تكون الإجراءات التي اتبعت في إصدار الحكم قد روعيت فيهـا المبـادئ الأساسية التي تنص عليها إعلانات حقوق الإنسان والاتفاقات الدوليـة، وأنـه لا محـل للاعتراف بالحكم الأجنبي إذا كان مخالفًا للنظام العام في الدولة؛ أي يمـس بمـصالحها الأساسية. فإذا توافرت هذه الشروط جاز للدولة الأجنبيـة أن تطالـب بتنفيـذ الأحكـام الصادرة من محاكمها، وتعين على الدول الأخرى العمل على تنفيذ هذه الأحكام تـدعيما لروح التعاون الدولي. وقد فصل المؤتمر في توصياته ما يتعلق بالآثار السلبية والآثـار الإيجابية للأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في الدول الأخرى[1].

ثانيا- موقف الفقه الجنائي الإسلامي:

الأصل كما أشرنا هو أن التشريع الجنائي الإسلامي يطبق على ما يقترف داخـل الدولة الإسلامية، ولا يمتد إلى الخارج ليشمل ما يقترف من أفعال إجرامية، إلا إذا وقـع الفعل من مسلم مقيم في الدولة الإسلامية، أو ذمي مقيم بصفة دائمة، وذلك وفقًـا لـرأي الجمهور كما أسلفنا.

وبناء على ذلك فلا تجبر الدولة الإسلامية على قبول أحكام أجنبية صادرة علـى رعاياها المسلمين أو الذميين، عن جرائم ارتكبوها حال إقامتهم العارضة فـي الخـارج؛ حيث يكون الاختصاص للتشريع الجنائي الإسلامي بشأن معاقبة هؤلاء الرعايا، وفقًا لمبدأ الشخصية الإيجابية المتفق مع رأي الجمهور، المؤسس على فكرة الولاية الحكميـة كمـا أسلفنا. ولكن ليس ثمة ما يمنع من التعاون الدولي في هذا الصدد، ولكن بشرط جوهري، أشار إليه مؤتمر بوخارست لسنة ١٩٢٩م، ومن بعده مؤتمر لاهاي لسنة ١٩٦٤م؛ وهـو ألا يكون في الحكم ما يتعارض مع النظام العام للدولة.

ولما كان النظام العام للدولة ينطلق أساسا من أصول الشريعة الإسلامية الغـراء، بما فيها أصول التشريع الجنائي الإسلامي؛ فينبغي التفرقة هنا بين ما يتعلق من الأحكـام

=

[1]- يراجع في تفصيل هذه الآثار:

(محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٣٣-١٣٤).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن مؤتمر لاهاي لسنة ١٩٦٤ قد طلب من الدول أن تثق في عدالة القـضاء الأجنبي، وإذا أرادت أن تتثبت من صحة الحكم فيكون لها ذلك، بمراجعة الأوجه الإجرائية فحسب دون الموضوعية. وعلى ذلك فإن ما تنص عليه المادة ٢٩ من القانونين الـسوري واللبنـاني مـن أن: ".. للقاضي اللبناني أن يتثبت من كون الحكم الأجنبي منطبقًا من حيث الأساس، وذلك برجوعه إلى وثـائق القضية". نقول: إن ما ورد في هذا النص ينبغي أن يفهم على ضوء توصية مؤتمر لاهاي، بأن يقتـصر التثبت على مراجعة النواحي الإجرائية للحكم دون الموضوعية.

الأجنبية المراد تنفيذها في الدولة الإسلامية، بجرائم من صنف الحدود والقصاص، وما يتعلق منها بنظام التعزير الإسلامي. وعلى أساس هذه التفرقة سترى الدولة الإسلامية حتما أنه من الصعوبة بمكان تنفيذ حكم أجنبي صادر على مسلم أو ذمي من رعايا الدولة الإسلامية، في جريمة من صنف جرائم الحدود والقصاص؛ لاختلاف أسس التجريم والعقاب بشأنها اختلافًا جذريا بين كل من الدولة الأجنبية التي تعتمد على القانون الجنائي الوضعي المكتوب، والدولة الإسلامية التي تعتمد على التشريع الجنائي الإسلامي، المؤسس على كتاب ا وسنة نبيه الأمين. أما إذا كان الحكم صادرا بعقوبة ما في جريمة تعزيرية؛ فإن فرصة موافقة الدولة الإسلامية ستكون أكبر وأيسر؛ لإمكان استيعاب نظام التعزير الإسلامي العقوبة المحكوم بها.

ولإيضاح ما سبق نضرب الأمثلة التالية:

١. أن يرتكب أحد رعايا المملكة العربية السعودية جريمة سكر في بلد أجنبي يمنع السكر، ويحكم عليه قضائيا في هذا البلد الأجنبي بالغرامة؛ فهنا لو أرسل هذا البلد الأجنبي الحكم الصادر على السعودي بالغرامة لتنفيذه؛ لامتنعت المملكة عن التنفيذ، وكذلك الحال لو كان بالحبس، أو أي عقوبة أخرى غير العقوبة المحددة شرعا لحد الشرب، وهي الجلد ثمانون جلدة إذا كان اقتراف الجريمة لأول مرة؛ فمثل هذا الحكم الأجنبي إذن لا يجوز تنفيذه لمخالفته للنظام الجنائي الإسلامي، الذي هو جزء من النظام العام للملكة.

٢. أن يرتكب أحد السعوديين جريمة قتل عمد في إحدى الولايات الأمريكية، أو في بلد أوروبي لا يأخذ بعقوبة الإعدام[1]، ويحكم عليه بالسجن مدة معينة، رغم

=

[1] - سنرى عند شرح ما يتعلق بالجزاءات الجنائية فيما بعد، وبصدد عقوبة الإعدام؛ أن الآراء انقسمت حول أهميه الإبقاء عليها أو حذفها من بين العقوبات الجنائية. وقد تأثرت بعض الدول فعلاً بالهجوم الذي تعرضت له هذه العقوبة، وألغتها بالفعل من تشريعها الجنائي، فاستبعدت في خلال القرن التاسع عشر في فرنسا من مجال العقاب عن الجرائم السياسية، تحت تأثير حملة "فرانسوا جيزو"، وألغتها بعد ذلك بعض الدول الأوروبية مثل البرتغال (سنة ١٨٦٧م)، وهولندا (سنة ١٨٧٠م)، وإيطاليا (سنة ١٩٤٤م)، وفنلندا سنة ١٩٤٥، وألمانيا الغربية (١٩٤٩م)، وبعض الولايات الأمريكية، وغالبية المقاطعات السويسرية، والكثير من دول أمريكا اللاتينية (الجنوبية). وكانت إنجلترا قد ألغتها كذلك، ثم عدات عن الإلغاء، ثم عادت مؤخرا في ديسمبر ١٩٦٩م فقررت إلغاءها بصفة نهائية.

انظر:

- علي راشد: القانون الجنائي، ص ٥٦٧.

- Merle et vitu: op. cit., P. 515.

ثبوت القصد الجنائي الخاص؛ أي نية إزهاق الروح ثبوتًا قطعيا. فمثل هذا الحكم إذا أرسل إلى المملكة لتنفيذه لا تملك السلطات المختصة الموافقة على التنفيذ؛ لمخالفته للراجح في الفقه الإسلامي على مذهب مالك والشافعي وأحمد[1]؛ أي لمخالفته للنظام العام؛ حيث يكون الاختصاص للتشريع الجنائي الإسلامي في مختلف الأحوال بالنسبة لما يقترفه المسلم (أو الذمي) في الداخل أو الخارج من جرائم، ولأن الحكم بالسجن قد ورد في حالة يتعين فيها القصاص من الجاني متى كان المجني عليه معصوم الدم، وهنا يتعين على المملكة إعادة محاكمة الجاني محاكمة إسلامية عادلة، وفقًا للنظام الجنائي الإسلامي.

٣. أن يرتكب سعودي جريمة تعزيرية في الخارج كالرشوة مثلاً، ويعاقب بالغرامة وبالحبس معا. فإذا أرسلت الدولة الأجنبية هذا الحكم القضائي إلى المملكة وطلبت تنفيذه؛ فليس ثمة ما يمنع السلطات المختصة في المملكة من النظر في تنفيذه، ولو كانت الحدود الدنيا والقصوى المحددة في النظام الأجنبي لعقوبتي الغرامة والحبس في جريمة الرشوة مغايرة لما هو منصوص عليه في نظام مكافحة الرشوة بالمملكة العربية السعودية. أما إذا كان الحكم الأجنبي الصادر في هذه الواقعة نهائيا بالبراءة أو بالإدانة، مع استيفاء الجاني للعقوبة؛ فإنه لا تجوز إعادة محاكمة هذا الجاني عن نفس الواقعة التي هي من جنس التعزير مرة أخرى، وموافقة ذلك لمقتضى العدالة؛ حيث يجب عدم محاكمة ومعاقبة شخص عن جرم مرتين[2]، باستثناء حالة التعارض مع النظام العام، ولتمشي ذلك مع ما أُوصي به في مؤتمري بوخارست لسنة ١٩٢٩م، ولاهاي لسنة ١٩٦٤.

أما إذا أعيدت محاكمة الجاني لعدم استيفائه العقوبة المحكوم بها عن الجريمة التعزيرية المقترفة في الخارج؛ فيجوز للقاضي الوطني أن يعتبر التنفيذ الجزئي للعقوبة ظرفًا قضائيا مخففًا.

=

[1] - سبق أن أوضحنا أن للحنفية رأيا آخر في هذا الصدد؛ حيث لا عقوبة عندهم على المسلم (أو الذمي) عما يقترفه من جرائم الحدود والقصاص في الخارج، وإن كانت الدية واجبة بالنسبة للمجني عليه معصوم الدم. ووفقًا لهذا الرأي لا يكون ثمة مانع من النظر في تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بعقوبة سجن أو غرامة؛ حيث لا يمنع عدم اختصاص النظام الجنائي الإسلامي في هذه الحالة من سريان التشريع الجنائي الأجنبي على ما يقع من جرائم على إقليم الدولة الأجنبية.

[2] - عودة: مرجع سابق، جـ١، ص ٢٩٨.

المبحث الثالث

سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

المساواة في الخضوع لأحكام التشريع:

الأصل كما نعلم أن النصوص الجنائية في دولة ما، تسري على كل من يوجد على إقليم تلك الدولة، وينعقد الاختصاص بشأن ما يقع منهم من جرائم للقضاء الوطني.

ومع ذلك فقد كانت التشريعات الوضعية حتى آخر القرن الثامن عشرة تميز بين الأفراد في هذا الصدد، ولا تعترف بالمساواة بين المحكومين؛ فكان يميز بينهم في التحقيق وفي المحاكمة، وفي تطبيق العقوبات وفي تنفيذها؛ بل تنوعت المحاكم تبعا لتنوع الطوائف في الأمة الواحدة، فكان هناك تفريد بالنظر إلى شخصية الجاني، ولكنه ليس بمعنى التفريد العلمي الذي نقصد من ورائه القضاء على الخطورة الإجرامية كما أسلفنا؛ وإنما بمعنى التمييز في المعاملة بين شريف وضعيف، وأسود وأبيض.. إلخ.

واستمر الحال على هذا النحو حتى جاءت الثورة الفرنسية، وظهرت الحركات الفكرية الإصلاحية، التي جعلت المساواة أساسا من الأسس الأولية في القانون. بيد أنها لم تكن مساواة بالمعنى الدقيق؛ حيث ورد عليها بعض الاستثناءات، المتمثلة في تمييز بعض الحالات. وقد تناول بعض الكتاب هذه الحالات الاستثنائية بالدفاع عنها، ومحاولة إيجاد المبررات والمعاذير لها، بينما انبرى البعض الآخر للهجوم عليها والمطالبة بإلغائها، وكان لهذا الاتجاه الأخير أثره في تقليصها والتقليل منها[1].

مضمون الاستثناء من مبدأ المساواة:

درجت غالبية التشريعات الوضعية – تبعا للتطور الذي أشرنا إليه - على إيراد نصوص باستثناء بعض الأشخاص من مبدأ المساواة في الخضوع للتشريع الوطني، ومن هؤلاء الأشخاص رؤساء الدول، وأعضاء البعثات الدبلوماسية والقناصل، وأعضاء الهيئات النيابية، وأفراد القوات المسلحة الأجنبية، وقوات الطوارئ الدولية.

وقديما حاول جروتيوس أن يبرز الحصانة الدبلوماسية، فنادى بنظرية امتداد الإقليم؛ وهي نظرية تقوم على فكرة الافتراض القانوني، التي لا تتفق مع أحكام القانون الجنائي التي يتعين أن تبنى على الواقع، وكان مقتضى هذه النظرية أنه عندما يرتكب أحد

=

[1] - عودة: مرجع سابق، جـ١، ص٣١٠.

السفراء، أو من يتمتعون بالحصانة جريمة؛ يفترض أنه يرتكبها فوق إقليم دولته، وبالتالي يفترض أن الجريمة وقعت في الخارج، ويطبق بشأنها ما يطبق في شأن الجرائم المقترفة خارج حدود الدولة.

وقد ترتب على نظرية جروتيوس هذه عدم إمكان مساءلة الشركاء في الجريمـة، تبعا لعدم إمكان مساءلة الفاعل الأصلي صاحب الحصانة، وهي نتيجة غير مقبولة[1].

فكان مضمون الاستثناء وفقًا لنظرية جروتيوس الإعفاء تمامـا مـن الخـضوع للتشريع الجنائي الوطني والقضاء الوطني معا.

ثم حاول رأي في الفقه الإيطالي[2] إيضاح مـضمون هـذا الاسـتثناء، بـإدراج صاحب الحصانة أو الامتياز ضمن فئة من تمتنع مسئوليتهم الجنائية لفقد أهليتهم اللازمة لمساءلتهم، فاعترض البعض على هذا الـرأي، واقتـرح أن يـستبدل بتعبيـر الأهليـة Capacité تعبير الإسناد imputabilité؛ وهو تعبير أوسع وأشمل، بحيث يمكن القـول بأن الإسناد يفتقد، ليس فقط لانعدام الإدراك أو التمييز، وإنما كذلك لقيام سبب يحول دون تطبيق أحكام القانون الجنائي على الشخص، بسبب صفته أو وظيفته أو حصانته.

ويقترب من هذا الرأي رأي آخر في الفقه الفرنسي[3]، ينظـر إلـى مـضمون الاستثناء الذي نحن بصدده على أنه استثناء من الخضوع للقانون الجنـائي الموضـوعي أساسا، ذلك أن سلطة الدولة في العقاب لا تُنشأ؛ حيث يفترض أن الفعل الذي يرتكبه أحد من يتمتعون بالحصانة أو الامتياز لا ينطوي على جرم، ولا يوصف بالتالي بأنه جريمة. ويترتب على ذلك لديهم عدم إمكان مساءلة الشريك، تبعا.. لعدم إمكان مـساءلة الفاعـل الأصلي؛ وهي النتيجة التي انتهى إليها جروتيوس.

وجوب التفرقة بين سلطة العقاب وولاية القضاء:

والصواب – في نظرنا - في شأن مضمون الاستثناء من مبـدأ المـساواة فـي الخضوع للتشريع الجنائي؛ هو وجوب التفرقة بين سلطة الدولة فـي العقـاب، وولايـة القضاء. أما عن سلطة الدولة في العقاب؛ فينبغي التسليم بخضوع كل من تتـوافر فيـه شروط المساءلة الجنائية الموضوعية لسلطان التشريع الجنائي للدولة التي اقترف الجريمة

=

[1] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٠٦.

ويراجع في نظرية امتداد الإقليم، وغيرها من النظريات التي ظهرت بعدها، المرجـع التـالي: حامـد سلطان وآخرين: القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، ١٩٧٨م، ص ١٨٤ وما بعدها.

[2] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٠٦.

[3] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٠٦.

على إقليمها، أما ما قيل عن الاستثناء من مبدأ المساواة على النحو الـسابق؛ فينبغـي أن يفهم على أنه استثناء من الخضوع للقضاء الوطني؛ حيث تتنازل الدولة عن حقهـا فـي ولاية القضاء دون سلطتها في العقاب، ليحاكم أمام قضاء دولته[1]، أو أمام قضاء خاص.

تطبيق مبدأ المساواة على إطلاقه في نطاق التشريع الإسلامي[2]:

تميز النظام الجنائي الإسلامي – كما أشرنا - بعدة مزايا، منها المـساواة بـين جميع فئات المسلمين في الخضوع لأحكامه، فلا فرق بين شريف وضـعيف، ولا غنـي وفقير، ولا حاكم ومحكوم. وأساس المساواة واضح في كتاب الله وفي سنة رسوله ﷺ.

ففي القرآن الكريم يقول الله تعالى: ﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم**[3]﴾.

وفي السنة النبوية قال ﷺ: ﴿**الناس سواسية كأسنان المـشط الواحـد لا فـضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى**﴾.. كما قال ﷺ: ﴿**إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم؛ لأن الناس من آدم، وآدم من تراب، وأكـرمهم عنـد الله اتقـاهم**﴾. وقوله ﷺ في أمر المخزومية عندما حاول القوم آنذاك أن يتشفعوا لها بواسـطة أسـامة بن زيد في حد من حدود الله: ﴿**أيها الناس، إنما أهلك الذين من قبلكم، أنهـم كـانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد. وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**[4]﴾.

وهو قول حاسم يفيد المساواة بين المسلمين في الخضوع للنظام الجنـائي، فـلا تفاوت بسبب قرابة أو جاه أو ثراء، ولا شفاعة في حدود الله بـأي حـال متـى بلغـت السلطان.

وكان الرسول ﷺ، يساوي نفسه دائما بكل الناس، ولا يعطي لنفسه مكانة الرئيس الأعلى للقوم، أو يطالب بامتيازات معينة، فكان يردد دائما قوله تعالى: ﴿**إنما أنـا بـشر مثلكم يوحى إلي**﴾ [5]، و﴿**هل كنت إلا بشرا رسولا**﴾. وكان قدوة لخلفائه والناس أجمعين

=

1- محمود مصطفى: نفس المرجع، ص ١٠٧.

2- أبو زهرة: مرجع سابق، جـ١، ص ٣٥٥؛ عودة: مرجع سابق، جـ١، ص ٣١٦ وما بعدها.

3- الحجرات، آية ١٣.

4- رواه البخاري ومسلم عن السيدة عائشة رضي الله عنها، والمخزومية هي فاطمة بنت الأسود بـن عبد الأسد. ومما يروى أن هذا الحادث قد وقع يوم فتح مكة.

(عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق؛ المقدمة).

5- سورة فصلت، آية ٦.

في تأكيد معنى المساواة بين الحكام والمحكومين، ومما يروى في ذلك أن إعرابيا دخل على الرسول ﷺ فأخذته الهيبة، فقال له: ﴿**هون عليك، فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد**﴾. وخرج أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلي بن أبي طالب، حتى جلس على المنبر، ثم قال: ﴿**أيها الناس، من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عِرضا فهذا عِرضي فليستقد منه، ومن كنت أخذت له مالاً، فهذا مالي فليأخذ منه، ولا يخش الشحناء من قبلي، فإنها ليست من شأني، ألا وإن أحبكم إلي من أخذ مني حقا إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس**﴾. ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر وعاد إلى قولته الأولى.

ثم أتى أبو بكر رضي ا عنه، ونهج ذات النهج، فصعد إلى المنبر وقال: "أيها الناس، قد وليت عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني.. أطيعوني ما أطعت ا ورسوله، فإن عصيت ا ورسوله فلا طاعة لي عليكم".

وكذلك عمر بن الخطاب ﷺ؛ فقد تمسك بقوة المعاني ذاتها، وأعطى القود من نفسه قائلاً: "رأيت رسول ا ﷺ يعطي القود من نفسه، وأبا بكر يعطي القود من نفسه". ولذا نجده في مواجهة مع رجل قيل إنه ضربه، فقال له الرجل: "إنما كنت أحد رجلين؛ رجل جهل فعلم، أو أخطأ فعفي عنه". فقال له عمر: "صدقت، دونك فامتثل (أي اقتص)"، وقال عمر للناس: "…. القوي فيكم ضعيف حتى آخذ الحق منه، والضعيف فيكم قوي حتى آخذ الحق له".

وتاريخ ابن الخطاب حافل بالمواقف المؤكدة للعدالة المتحققة من خلال مساواته في المعاملة بين البشر. ومن ذلك إحضاره لابن عمرو بن العاص، لما علم أنه ضرب فتى مصريا لأنه سبقه، وتمكينه الفتى من ابن عمرو ليقتص منه، وقوله له: "اضرب ابن الأكرمين"، وقوله كلما سكت: "زد ابن الأكرمين".

وحدث أن َجبلة بن الأيهم آخر ملوك بني غسان، وفد على عمر رضي ا ، ومعه وجوه القوم ورءوس العشائر ليدخلوا في دين ا فأسلموا. وفي ذات مرة وهو يطوف بالبيت وطئ أعرابي من عامة الناس يسير وراءه إزاره وهو يسحبه على الأرض فحله؛ فالتفت إليه جبلة مغضبا، فلطمه فهشم أنفه، فنابذه الأعرابي إلى عمر ﷺ في القصاص، فقال جبلة: "إنه وطئ إزاري فحله". فقال له عمر: "أما أنت فقد أقررت"، إما أن ترضيه وإلا أقدته منك". فقال: "تقيده مني وأنا ملك وهو سوقه؟". قال: "يا جبلة، إنه قد جمعك وإياه الإسلام، فما تفضله بشيء إلا بالعافية". قال: "وا لقد رجوت أن أكون في الإسلام أعز مني في الجاهلية". قال عمر: "هو كذلك". قال: "إذن أرجع عن دينكم هذا الذي يقاد فيه للسوقة من الملوك". فقال عمر رضي ا عنه: "إذن أضرب عنقك". فقال:

"أمهلني الليلة حتى أرى رأيي". واحتمل راحلته وهرب إلى بلاد الروم عند قيصر. وفيما قرره الثقات أنه ارتد فندم[1].

ومما يروى[2] كذلك في صدد المساواة بين الخصوم في مجالس القضاء؛ أن رجلاً ادعى على علي عند عمر رضي الله عنهما وعلي جالس، فالتفت إليه عمر وقال له: "يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك". فقام فجلس مع خصمه متناظرا. وانصرف الرجل، ورجع علي إلى مجلسه؛ فتبين لعمر التغير في وجه علي. فقال: "يا أبا الحسن مالي أراك متغيرا؟ أكرهت ما كان؟". قال: "نعم". قال: "وما ذاك؟" قال: "كنيتني بحضرة خصمي (أي قلت لي يا أبا الحسن)، هلا قلت لي يا علي قم فاجلس مع خصمك؟". فأخذ عمر رأس علي رضي الله عنهما؛ فقبله بين عينيه، ثم قال: "بأبي أنتم، بكم هدانا الله، وبكم أخرجنا من الظلمات إلى النور".

كما روي[3] أن عمر ﷺ، وأبي بن كعب ﷺ اختصما في حادثة إلى زيد بن ثابت، فألقى زيد وسادة إلى عمر "ليجلس عليها"، فقال له عمر: "هذا أول جورك". وجلس بين يديه.

سريان التشريع الجنائي على الحكام:

عرفنا فيما سبق، أن الرسول ﷺ كان يسوي بينه وبين المحكومين قولاً وعملاً، وأوردنا أمثلة لذلك، ثم نهج الخلفاء من بعده نفس النهج، واهتدوا بهديه. وقد جرى العمل بعد ذلك على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة الإسلاميين أمام القضاء العادي، وبالطريق العادي؛ فهذا علي بن أبي طالب في خلافته يفقد درعا ويجدها مع يهودي يدعي ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضي، فيحكم لصالح اليهودي ضد علي. وهذا المغيرة والي الكوفة يتهم بالزنى ويحاكم على الجريمة بالطريق العادي، وغير ذلك من الوقائع التي يقصها علينا التاريخ في صدد تأكيد مساواة الحكام والمحكومين أمام الشرع والقضاء؛ فليس للإمام الأعظم شخصية مصونة لا تُمس؛ إنما يتساوى مع الجميع؛ فالكل أمام شرع الله سواء[4].

=

1- ج. رانسون: فن القضاء، ترجمة وتعليق محمد رشدي، القاهرة، ١٩١٢، ص ١٧٨.

2- نفس المرجع، ص ١٧٥.

3 - نفس المرجع والصفحة.

4- عودة: مرجع سابق، ص ٣١٩؛ أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٣٥٧.

ومع ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء في **الإمام الذي ليس فوقه إمام،** ونـوجز خلافهـم على النحو التالي[1]:

رأي الحنفية: ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الإمام لا يؤاخذ إذا ارتكـب مـا يوجب الحد؛ كالزنى والشرب والقذف؛ لأن الحدود تتعلق بحقـوق ا تعـالى، والإمـام مكاف بإقامتها، فيكون من المتعذر أن يقيم الحد على نفـسه، ولا ولايـة لأحـد عليـه ليستوفيه، أما حقوق العباد فعلى خلاف ذلك؛ فيؤاخذ عليها، ويقتص منه؛ فالفعل المحـرم في نظر أبي حنيفة يظل محرما ويعتبر جريمة، ولكن لا يعاقب عليه الإمام إن كان حـدا لعدم إمكان العقاب، ويترتب على ذلك أن الإمام إن ارتكب زنى وهو محصن فقتلـه أي فرد من الأفراد؛ فإن القاتل لا يعاقب على القتل؛ لأنه قتل شخصا مباح الدم، ولأن قتـل الزاني المحصن يعتبر واجبا لا بد منه إزالة للمنكر، وتنفيذًا لحدود ا .

بيد أنه إذا ولى الإمام الذي ليس فوقه إمام نائبا عنه أو قاضيا للحكـم فـي كـل الجرائم؛ فإنه يصبح من حق النائب أو القاضي أن يأخذ الإمام بكل جريمة، سواء مـست حقا تعالى، أو حقا للأفراد.

وهو ما يمكن الأخذ به الآن؛ حيث ينظم القضاء في الدول الإسلامية، ويطبق مبدأ الفصل بين السلطات، وبالتالي يتعين على المحاكم الإسلامية أن تفصل في قضايا الحكام بذات الأحكام والإجراءات التي يخضع لها سائر المحكومين.

رأي مالك والشافعي وأحمد:

لا فرق بين حاكم ومحكوم، والإمام يسأل عن أي جريمة تقع منه، سواء تعلقـت بحق أو حق للأفراد؛ لأن تطبيق شرع ا وتنفيذ أحكامه ليس للإمام وحـده؛ وإنمـا له ولنوابه.

وهو ما يتفق مع ما قاله الرسول ﷺ عندما دعا الناس إلى القصاص منـه كمـا أشرنا: "أيها الناس، من كنت جلدت له ظهرا..... إلخ".

وفي مقام المفاضلة بين الرأيين نرجح الرأي الثاني لوجاهته، واتفاقـه مـع روح الشرع الإسلامي، الذي يساوي مساواة مطلقة بين بني البشر. ومن الواضـح أن أسـاس الرأي الأول أساس ضعيف، ويقوم في شقه الأول على افتراض نظري لا وجود له فـي ظل الدولة الإسلامية المتسعة الآفاق؛ حيث لا يتصور وجود إمام مسلم بلا نواب له، وبلا قضاء يفصل في قضايا المسلمين.

=

[1]- عودة: نفس المرجع، ص ٣٢٢؛ أبو زهرة: نفس المرجع والموضع.

فالجميع إذن حكاما ومحكومين أمام شرع الله سواء.

ولكن ما حكم الجرائم التي تقع من رؤساء الدول الأجنبية، ورجال السلك السياسي أو الدبلوماسي، وأصحاب الحصانات والامتيازات الأخرى من الأجانب في داخل الدولة الإسلامية؟

الإجابة على ذلك يسيرة؛ ذلك أنهم سيعاملون بمقتضى أحكام الشرع الإسلامي، التي تراعي مركز الذمي والمستأمن بالنسبة لما يقترفه من جرائم داخل الدولة الإسلامية.

ونوجز ما قلناه سابقًا في هذا الصدد، مع اعتبار هؤلاء الأجانب في مركز المستأمن على النحو التالي:

رأي الحنفية: إن المستأمن (وهو من يقيم إقامة عارضة من غير المسلمين في الدولة الإسلامية) لا يسأل إلا عما يقع منه من جرائم في الدولة الإسلامية تمس حقوق الأفراد، أما الجرائم التي تتعلق بحقوق الله كالحدود؛ فلا يسأل عنها.

رأي الجمهور (مالك والشافعي وأحمد):

إن المستأمن يسأل عن جميع الجرائم التي يقترفها داخل الدولة الإسلامية، سواء ما تعلق منها بحقوق العباد، أم بحقوق الله تعالى.

وعلى ذلك يمكن القول بأن رؤساء الدول الأجنبية، وأعضاء السلك السياسي أو الدبلوماسي، وغيرهم من أصحاب الامتيازات؛ يخضعون للتشريع الجنائي الإسلامي حال وجودهم في الدولة الإسلامية، ويكون مركز كل منهم كمركز المستأمن الذي يسأل فقط عن الجرائم الماسة بحقوق الأفراد وفقًا لرأي أبي حنيفة، ويسأل عن كافة الجرائم وفقًا لرأي الجمهور (مالك والشافعي وأحمد).

هذا من زاوية الخضوع لسلطان التشريع الجنائي الإسلامي، وسلطة الدولة الإسلامية في العقاب.

أما من زاوية ولاية القضاء؛ فهل يجوز لولي الأمر في الدولة الإسلامية النزول عن ولاية القضاء بالنسبة لهؤلاء الأجانب ليحاكموا أمام محاكم دولهم، أو أمام قضاء خاص؟

إن مقتضى مبدأ المساواة في الشريعة كما أسلفنا، لا يجيز مثل هذا التنازل، ويتعين لذلك وجوب محاكمتهم أمام محاكم الدولة الإسلامية.

التفرقة في المساءلة بين المسلمين والذميين في بعض الأحوال[1]:

على الرغم من التسوية بين المسلمين والذميين في الخـضوع للنظـام الجنـائي الإسلامي بوجه عام؛ إلا أن هناك بعض جرائم تفرق فيهـا الـشريعة بـين المـسلمين والذميين؛ لأن التسوية بينهم في شأنها تنطوي على ظلم للذميين؛ حيث تتصل هذه الجرائم بالعقيدة التي هي محل اختلاف بينهما.

فالجرائم التي تقوم على أساس ديني محض (كشرب الخمر، وأكل لحم الخنزير) لا يعتبر إتيانها جريمة إذا ارتكبت من ذمي يعتقد بحسب ديانته بعدم حرمتها. ولو أخـذ الذميون بأفعال هي في معتقداتهم غير محرمة؛ فإن ذلك يعد تطبيقًا مخلا لقاعدة المساواة؛ حيث خاطبت الشريعة المسلمين فقط بتحريم الخمر والخنزير، ويعد خروجا على القواعد العامة في الشريعة، والتي تقضي بترك الذميين ومـا يـدينون تطبيقًـا لقولـه تعـالى: ﴿**لا إِكْراه فِي الدين**[2]﴾.

وبمزيد من التفصيل يتعين التفرقة بين الشرب والسكر بالنسبة للذميين؛ حيث يباح عندهم الشرب دون السكر. وعلى ذلك يعاقب الذمي على السكر دون الشرب.

وبذلك يكون شرب الخمر مباحا للذمي، بشرط عـدم الـسكر، وبـشرط عـدم المجاهرة به؛ حيث يعاقب الذمي على كل مجاهرة بأمر يمس شعائر الإسلامي، والنظـام الإسلامي وشعور المسلمين[3].

وعلى ذلك يمكن القول إن الجرائم في الشريعة تقسم من حيـث الـسريان علـى الأشخاص إلى قسمين[4]:

١. **قسم عام:** يعاقب على إتيانه كل المقيمين في دار الإسلام من مسلمين وذميين ومستأمنين.

- **قسم خاص**: يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم، ولا يمكن أن يقع إلا منهم، ويقوم هذا القسم على أساس ديني كما أوضحنا.

وترجع هذه التفرقة المؤسسة على الدين، إلى ما قصدت إليه الشريعة من تحقيـق العدالة، وتوفير حرية الاعتقاد.

=

[1] - عودة: مرجع سابق، ص ٢٣٢.

[2] - سورة البقرة، آية ٢٥٦.

[3] - ولذا يعاقب أيضا الذمي الذي يجهر بالإفطار في رمضان؛ لأنه التزم أحكام الإسلام، فيمتنع عليـه إتيان كل ما يمس شعور المسلمين والنظام الإسلامي.

[4] - عودة: مرجع سابق، ص ٣٣٤.

ولا يؤثر في مبدأ المساواة في تطبيق أحكام التشريع الجنائي الإسلامي؛ ما حدث من خلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في شأن القتل العمد إذا كان المجني عليه ذميا والجاني مسلما؛ فذهب **مالك والشافعي وأحمد** إلى عدم جواز القصاص من المسلم في هذه الحالة استنادا إلى حديث رسول ا ﷺ: ﴿لا يقتل مسلم بكافر﴾.

أما **أبو حنيفة؛** فذهب إلى القول بالقصاص من المسلم إذا قتل الذمي؛ لأنه يفسر لفظ "الكافر" بأنه من لا عهد له، والذمي له عهد، كما يتمسك بعموم النص الذي يجعل القصاص عقوبة لكل قتل عمد[1].

وفي مقام المفاضلة بين الرأيين نرجح ما ذهب إليه **أبو حنيفة** من التسوية بين المسلم والذمي في القتل؛ لأن الذمي ذو عهد كما أشرنا، لأنه ملزم بأحكام الشريعة، وملتزم لأحكام الإسلام، في مقابل الأمان الدائم، والعصمة الدائمة لنفسه وماله.

وقد حدث خلاف آخر بين أئمة المذاهب في شأن وقوع الزنى أو القذف من الذمي[2].

ففي الزنى ذهب **أبو حنيفة ومالك والثوري** إلى أن الذمي لا يمكن أن يعاقب بعقوبة الرجم المقررة للزاني المحصن؛ لأن من شروط الإحصان الإسلام، ولذا تكون عقوبته الجلد.

أما **الشافعي وأحمد وأبو يوسف؛** فقد ذهبوا إلى أن الإسلام ليس شرطًا في الإحصان؛ ومن ثم فالذمي المحصن يعاقب عندهم بالرجم إذا زنى كالمسلم تماما.

وفي القذف يشترط بحسب الآية: ﴿**والذين يرمون المحصنات**﴾ أن يكون المقذوف محصنًا.

ولو طبقنا الخلاف السابق بين الحنفية وغيرهم هنا؛ لقلنا إن الذمي المقذوف لا يعاقب قاذفه بالعقوبة المقررة كحد، بل يعاقب على أساس التعزير؛ لأن من شروط الإحصان عندهم الإسلام كما رأينا. أما وفقًا لرأي الشافعي وأحمد، فيعاقب على قذف الذمي المحصن بالعقوبة المقررة لحد القذف؛ لأن الإسلام عندهم كما رأينا ليس شرطًا في الإحصان.

=

1- عودة: نفس المرجع، ص ٢٨٧.

2- عبد ا الركبان: النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، الجزء الأول، الرياض ١٤٠١، ص ٣٤. وقارن: عودة، نفس المرجع، ص ٣٣٩.

وهي على كل حال خلافات في تفسير لفظي "كافر" و"إحصان"، ترتب عليها التخفيف عن المسلم تارة، والتخفيف عن الذمي تارة، وهذا بحد ذاته يمكن أن يدرأ أي شبهة عن قصد التفرقة بين المسلمين والذميين.

المبحث الرابع

أحكام تسليم المجرمين•

تمهيد:

درجت الدول على الاتفاق فيما بينها – في نطاق التعاون الدولي في مكافحة الإجرام - على تسليم المجرمين أو استردادهم، ومقتضى ذلك أن تتخلى دولة عن شخص موجود لديها إلى دولة أخرى، بناء على طلبها، لتحاكمه عن جريمة يعاقب عليها قانونها، أو لتنفذ فيه حكما صادرا عليه من محاكمها؛ وذلك باعتبار أن هذه الدولة الأخيرة هي صاحبة الاختصاص الطبيعي، أو الأفضل في تلك المحاكمة أو في هذا التنفيذ.

ومن هنا يمكن التفرقة بين فئتين من الأشخاص الذين يطالب تسليمهم أو استردادهم؛ الفئة الأولى، وهي فئة المتهمين الذين يهربون إلى دولة أخرى بعد ارتكاب جرائمهم، وقبل بدء ملاحقتهم والقبض عليهم من قبل السلطة المختصة في الدول التي اقترفت الجريمة على إقليمها.

والفئة الثانية هي فئة الأشخاص الذين حوكموا بالفعل وصدرت أحكام بالإدانة ضدهم، ويفرون من تنفيذ الأحكام إلى دولة أخرى[1].

=

• راجع لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع:

محمد الفاضل: محاضرات في تسليم المجرمين، القاهرة، ١٩٦٦.

علي راشد: القانون الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

محمد أبو زهرة: مرجع سابق، جـ١، ص ٣٧٣ وما بعدها.

عبد القادر عودة: مرجع سابق، جـ١، ص ٢٩٧ وما بعدها.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن أحكام تسليم المجرمين وإبعادهم أدخل في القانون الدولي العام منه إلى القانون الجنائي، وأن بحثه بمناسبة سريان أحكام القانون الجنائي من حيث المكان؛ إنما يكون لسد ثغرة قد تظهر عند التساؤل عن كيفية تصرف الدولة التي ينعقد الاختصاص لتشريعها الجنائي في محاكمة شخص هرب إلى دولة أخرى، أو تنفيذ العقوبة عليه. ولذا سيكون عرضنا لهذا الموضوع هنا في إيجاز شديد.

[1] - ولقد حظيت مسألة تسليم المتهمين والمجرمين باهتمام الدول على مر العصور؛ فعني بها الفقهاء في تأصيلها وضبط أحكامها، وبذلت الجهود على المستوى الدولي بالمؤتمرات والحلقات العلمية، مما كان له أثر كبير في حمل الدول على عقد الاتفاقات فيما بينها، بما يضمن تحقيق غايات التسليم. ومن أقدم هذه المؤتمرات المؤتمر الدولي للضبطية القضائية المنعقد في موناكو سنة ١٩١٤م، والمؤتمر الدولي العقابي المنعقد في لندن سنة ١٩٢٥م. كما كان موضوع التسليم من بين الموضوعات التي تناولها المؤتمر

ما هي الشروط والإجراءات والآثار المتعلقة بأحكام تسليم واسترداد هؤلاء المتهمين والمجرمين؟

شروط التسليم:

باستقراء ما ورد في بعض معاهدات التسليم، وما تنص عليه بعض التشريعات الجنائية حول هذه الشروط؛ يمكن أن نشير إلى أهمها فيما يلي:

١ ـ أن تكون الجريمة المطلوب التسليم من أجلها معاقبا عليها في الدولتين:

وقد نصت بعض التشريعات العربية على هذا الشرط؛ ففي سوريا ينص قانون العقوبات السوري[1] على رفض التسليم إذا لم تكن الجريمة محددا لها عقبة الجناية أو الجنحة فيه، وكذا القانون اللبناني[2]؛ حيث نص على رفض التسليم إذا كانت العقوبة المقررة عن الجريمة أو الجرائم المطلوب التسليم من أجلها لا تبلغ "سنة حبس" في القانون اللبناني، أو في قانون الدولة التي ارتكبت الأفعال في أرضها، وفي حالة الحكم لا يجوز التسليم إلا إذا بلغت العقوبة المحكوم بها "شهري حبس" على الأقل.

وقد أقر الاتفاق القضائي المعقود بين سوريا ولبنان سنة ١٩٥١ هذا الشرط[3]، كما أقرته اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة ١٩٥٢م[4]؛ حيث استلزمت لوجوب التسليم أن تكون الجريمة المطلوب التسليم من أجلها جناية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس لمدة سنة، أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين، أو أن يكون المطلوب تسليمه عن جناية أو جنحة محكوما عليه بالحبس لمدة شهرين على الأقل.

ومع ذلك فقد نصت هذه الاتفاقية على أنه إذا كان الفعل غير معاقب عليه في قوانين الدولة المطلوب إليها التسليم، أو كانت العقوبة المقررة للجريمة في الدولة طالبة التسليم، لا نظير لها في الدولة المطلوب إليها التسليم؛ فيجب التسليم أيضا إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من رعايا الدولة طالبة التسليم، أو من رعايا دولة أخرى تقرر نفس العقوبة.

الدولي العاشر للقانون الجنائي المنعقد في روما سنة ١٩٦٩م. أما عن الاتفاقات التي كانت من ثمار هذه الجهود الدولية؛ فمن أهمها: الاتفاق المعقود بين الدول الأمريكية في مونتفيديو سنة ١٩٣٣م، والذي نفذ عام ١٩٣٥م، والاتفاقيات المبرمة بين دول الجامعة العربية سنة ١٩٥٢م، و١٩٥٣م، والاتفاق الأوروبي المبرم في باريس سنة ١٩٥٧م، والاتفاق الأوروبي المبرم في ستراسبورج سنة ١٩٦١م.

[1] - المادة ٣٣.

[2] - المادة ٣٤.

[3] - المادة الثالثة.

[4] - المادة الثالثة.

٢- شرط عدم سقوط الجريمة أو العقوبة بالتقادم:

فمن المعلوم أن غالبية الدول العربية تضع في تشريعاتها مددا لتقادم الدعوى الجنائية، وسقوط العقوبات، باستثناء المملكة العربية السعودية واليمن والشمالية؛ حيث لا وجود لهذا التقادم في النظام الجنائي الإسلامي.

ومع ذلك فقد قيدت الاتفاقية العربية لسنة ١٩٥٢ هذا الشرط؛ حيث قالت إن هذا الشرط لا وجود له إذا كانت الدولة طالبة التسليم لا تأخذ بمبدأ السقوط بمرور الزمن (التقادم)، وكان الشخص المطلوب تسليمه من رعاياها أو من رعايا دولة أخرى لا تأخذ بهذا المبدأ[1].

وقد لجأت بعض الدول إلى إلغاء صفة وجوب رفض التسليم في حالة التقادم؛ حيث تركت حرية الاختيار بين الرفض والقبول في هذه الحالة للدولة المطلوب إليها التسليم[2]. أما اتفاقية تسليم المجرمين بين الدول العربية لسنة ١٩٥٢؛ فما زالت توجب رفض التسليم في مادتها السادسة، إذا كانت الجريمة أو العقوبة قد سقطت بمضي الزمن وفقًا لقانون إحدى الدولتين؛ طالبة التسليم، والمطلوب إليها التسليم، مع استثناء الدولة الطالبة التسليم التي لا تأخذ بمبدأ التقادم، إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من رعاياها أو من رعايا دولة أخرى كما أشرنا.

٣- أن تبلغ الجريمة درجة معينة من الجسامة:

وعلة هذا الشرط أن الجرائم التافهة (المخالفات وبعض الجنح) لا يكون لها من الخطورة ما يبرر ما يتطلبه التسليم من جهد ونفقة.

ولكن كيف يتم تعيين درجة الجسامة والخطورة؟ اختلفت الدول في تحديد الأسلوب الملائم لتعيين درجة الجسامة، وبيان الجرائم التي تخضع للتسليم، ويوجد في هذا الصدد **أساليب ثلاثة**[3]:

(أ) **الأسلوب الأول**: أسلوب تعداد الجرائم وتفصيلها، وبيان المواد والعقوبات على سبيل الحصر.

ولكنه أسلوب صعب، بسبب ما يوجد من فوارق في تشريعات الدول فيما يتعلق باللغات والمفاهيم والمصطلحات. فالفعل الذي يؤلف مثلاً جريمة "اختلاس" في تشريع

=

1- المادة السادسة.

2- من ذلك ما ورد في المعاهدة الفرنسية السويسرية، والمعاهدة البلجيكية السويسرية لتسليم المجرمين.

3- محمد فاضل: مرجع سابق، ص ٦١ وما بعدها.

دولة ما؛ قد يؤلف جريمة "خيانة أمانة" في تشريع دولة أخرى، فضلاً عن أن بعض أنماط السلوك التي يعاقب عليها في مجتمع ما لأنها تمثل مساسا بقيمه ومصالحه؛ قد لا يعاقـب عليها في مجتمع آخر لعدم مساسها بقيمه ومصالحه.

وعلى الرغم من مساوئ هذا الأسلوب؛ فقد حظي بتأييد معهد القانون الدولي في أكسفورد عام ١٨٨٠م، وتبناه المشروع الذي وضعته جمعية القانون الدولي في فرسوفيا عام ١٩٢٨م. بيد أن المعاهدة المعقودة بين اليونان وتشيكوسلوفاكيا في ١٩٢٧م قد عدلت عنه.

(ب) **الأسلوب الثاني**: وهو أسلوب تحديد نوع العقوبة ومقدارها بالنسبة للمتهمين من جهة، وبالنسبة للمحكوم عليهم من جهة أخرى.

فيشترط – وفقًا لهذا الأسلوب - لتسليم المتهم في جريمة ألا يقل الحد الأقـصى للعقوبة المقررة لها عن مقدار معين (كالحبس سنتين مثلاً)، وذلك وفق قانون الدولة طالبة التسليم، أو وفق قانوني الدولتين الطالبة والمطلوب إليها التسليم. كمـا يـشترط لتـسليم المحكوم عليه في جريمة ألا تقل العقوبة المحكوم بها عليه عن حد معين (كالحبس ثلاثـة أشهر مثلاً).

وقد أُخِذ بهذا الأسلوب في معاهدة واشنطون المعقودة سنة ١٩٠٧م، بين خمـس من دول أمريكا الوسطى، كما أخذ بها قانون التسليم الفرنـسي الـصادر سـنة ١٩٢٧م، وأوصى بوجوب اتباعه المؤتمر الدولي الثالث لتوحيد القـانون الجنـائي المنعقـد فـي بروكسل سنة ١٩٣٠م.

(جـ) **الأسلوب الثالث**: وهو أسلوب يجمع بين الأسلوبين السابقين، بالاعتماد على التعداد من ناحية، ورفض التسليم في الجرائم ذات العقوبات التافهة من زاوية أخرى.

وقد أُخذ بهذا الأسلوب في المعاهدة المبرمة بين سويسرا وأورجواي سنة ١٩٣٣، فعددت الجرائم الخاضعة للتسليم، ثم **استثنت الجرائم الآتية**:

- الجرائم التي قضي فيها بعقوبة أقل من سنة حبسا.
- الجرائم التي لم يبت فيها، إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها في قـوانين الدولة الطالبة أو المطلوب إليها التسليم هو الحبس لمدة تقل عن سنتين.

ولقد جرى نقاش طويل عند وضع مشروع اتفاقية تسليم المجرمين النافذة حاليـا بين الدول العربية، والموافق عليه من مجلس الجامعة سـنة ١٩٥٢، حـول الأسـلوب الواجب اتباعه في تعيين الجرائم التي يجب فيها التسليم. وقد تحفظ في المناقشات منـدوبا المملكة العربية السعودية واليمن الشمالي؛ حيث لا يؤخذ بالتقسيم الثلاثي التقليدي للجرائم

إلى جنايات وجنح ومخالفات، كأساس للتمييز بين الجرائم في الجسامة، فضلاً عن أن النظام الجنائي الإسلامي المطبق في المملكة وفي اليمن يتضمن عقوبتي الجلد والقطع، وكلاهما أشد من عقوبة الحبس، والتي يعتمد عليها في الأسلوب الثاني خاصة، والذي اتجهت الآراء عقب النقاش المشار إليه إلى ترجيح الأخذ به. وقد صدرت المادة الثالثة من الاتفاقية متضمنة ما يفيد الأخذ بهذا الأسلوب؛ حيث نصت على أنه يشترط للتسليم أن تكون الجريمة جناية أو جنحة، معاقبا عليها بالحبس مدة سنة، أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين، الطالبة والمطلوب إليها التسليم، أو أن يكون المطلوب تسليمه في جناية أو جنحة قد حكم عليه بالحبس لمدة شهرين على الأقل.

وفي الأحوال الأخرى التي يكون الفعل فيها غير معاقب عليه في الدولة المطلوب إليها التسليم، أو تكون العقوبة المقررة للجريمة لا نظير لها في الدولة طالبة التسليم؛ فإن التسليم لا يكون واجبا إلا إذا كان الشخص المطلوب من رعايا الدولة طالبة التسليم، أو من رعايا دولة أخرى تقرر العقوبة ذاتها.

وتقرر بعض الدول في دساتيرها عدم جواز التسليم في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية البحتة؛ ففي مصر مثلاً تنص المادة ٥٣ من الدستور الدائم على أن "تسليم اللاجئين السياسيين محظور"، كما نصت على ذلك اتفاقية دولة الجامعة العربية لسنة ١٩٥١م، ولكنها أغفلت الجرائم العسكرية الصرفة. وقد نصت هذه الاتفاقية أيضا على وجوب التسليم في جرائم الاعتداء على الملوك ورؤساء الدول، أو زوجاتهم، أو أصولهم، أو فروعهم، أو أولياء العهد، وجرائم القتل العمد (ولو كان سياسيا)، والجرائم الإرهابية؛ وهو ما يتفق مع ما جرى به العرف الدولي، وما قررته المؤتمرات الدولية في هذا الخصوص[1].

٤- شرط المعاملة بالمثل:

إن من مقتضيات العدل بين الدول أن يعمل بمبدأ "المعاملة بالمثل"، ولكن من المتصور أن تتنازل دولة ما عن هذا المبدأ، وتقبل التسليم تنفيذًا لأحكام معاهدة ما، دون أن تشترط على الدولة الطالبة المعاملة بالمثل؛ ذلك أن التسليم قد تقتضيه بعض الاعتبارات السياسية، دون اعتبارات العدل بين الدول، ومع ذلك فإن شرط المعاملة بالمثل يعد وسيلة هامة من الوسائل التي تعتمد عليها بعض الدول في تنسيق علاقاتها مع الدول الأخرى حتى في مجال التسليم.

=

[1]- علي راشد: مرجع سابق، ص ٢٠٦.

ولا يعد هذا الشرط من مصلحة الدولة المطلوب إليها التسليم في جميع الأحوال؛ فقد توجد ظروف يكون من مصلحة هذه الدولة أن تتخلص فيها من الجاني الفار إليها وتسليمه، ولو كان في ذلك تغاضي عن شرط المعاملة بالمثل.

٥- أن يكون الاختصاص منعقدا للدولة طالبة التسليم:

ومن المعلوم كما أشرنا أن قواعد الاختصاص بشأن المحاكمة عن الجرائم وتنفيذ الأحكام؛ إنما ينعقد وفقًا لأحكام سريان التشريع الجنائي من حيث المكان. وقد فصلنا ما يتعلق بمبدأ الإقليمية، ومختلف المبادئ الاحتياطية الأخرى، وبينا موقف الفقه الإسلامي من مختلف هذه المبادئ، ومتى يكون الاختصاص منعقدا للدولة الإسلامية؛ ولذا نحيل في شأن قواعد تحديد الاختصاص إلى ما سبق أن شرحناه تفصيلاً في هذا الخصوص.

ولكن ما الحكم لو كان الاختصاص منعقدا للدولة الإسلامية طالبة التسليم، وفقًا لما فصلناه فيما سبق، ومنعقدا في ذات الوقت للدولة المطلوب إليها التسليم وفقًا لقانونها؟

الراجح فقها في هذا الصدد أن الدولة المطلوب إليها التسليم في هذه الحالة تكون غير ملزمة بالتسليم، فكما أن الدولة لا تسلم رعاياها؛ فهي لا تسلم كذلك من يشملهم اختصاص محاكمها من الأجانب، مهما كان الأساس الذي يستند إليه هذا الاختصاص، وسواء أكان إقليميا أم عينيا، أم شخصيا[1].

=

[1]- ومن الحوادث التي شكلت خرقًا واضحا لقواعد التسليم وأحكامه في القانون الدولي العام وفي التشريع الداخلي؛ حادثة خطف شخص يدعى "أدولف إيخمان" الألماني الأصل، والمتجنس بالجنسية الأرجنتينية. ففي عام ١٩٦٠م أقدمت المخابرات الإسرائيلية على اختطافه أثناء إقامته متخفيا في الأرجنتين، وأخفته في طائرة إسرائيلية تحمل وفدا إسرائيليا رسميا جاء للأرجنتين للتهنئة بالعيد الرسمي لها. وفي إسرائيل حاكمته عن جرائم نسب إليه ارتكابها ضد اليهود في ألمانيا الهتارية خلال قيام الحكم النازي فيها. واحتجت حكومة الأرجنتين وسحبت سفيرها في إسرائيل، وطالبت بإعادة إيخمان إليها، واعتذرت إسرائيل عن عملها، ولكنها رفضت إعادة إيخمان إلى الأرجنتين وصممت على محاكمته أمام محاكمها، وتمت المحاكمة، وقضت بإعدامه، ونفذت الإعدام في ديسمبر ١٩٦١.

ولا جدال في أن إسرائيل قد ضربت – في ذلك - بقواعد التسليم دوليا وتشريعيا عرض الحائط؛ لأنها لا تملك حق محاكمة إيخمان بأي حال؛ فهي ليست صاحبة اختصاص إقليمي؛ لأن ما تدعي وقوعه من جرائم لم يقع على إقليم إسرائيل، وهي ليست صاحبة اختصاص عيني؛ لأنها لم تكن قائمة كدولة وقت ارتكاب الجرائم التي ادعتها، وهي فوق ذلك ليست ذات اختصاص شخصي؛ لأن إيخمان لا ينتمي بجنسيته إلى إسرائيل.

(الفاضل: مرجع سابق، ص ٩٩).

ولكن يجب في هذه الحالة ألا تمتنع الدولة عن التسليم، ثم تمتنع عـن محاكمـة الشخص في ذات الوقت، وذلك حتى لا يفلت مجرم من عقاب.

وفضلاً عن الشروط السابقة؛ فيمكن أن تقرن دولة ما موافقتها على التسليم بشرط أو أكثر من الشروط الأخرى؛ كاشتراط عدم محاكمة الشخص أمـام محـاكم اسـتثنائية، أو عدم توقيع عقوبة الإعدام عليه لخلو تشريعها منها، أو تمكين بعض المسئولين فيها من حضور المحاكمة.

إجراءات التسليم:

تقدم الدولة طالبة التسليم طلبها إلى الدولة المطلـوب إليهـا التـسليم بـالطريق الدبلوماسي، ويجب أن يتضمن هذا الطلب بيانًا كافيا عن الـشخص المطلـوب تـسليمه وجنسيته ووقت ارتكاب الجريمة، ومختلف البيانات اللازمة الأخرى[1]، كما يجب أن يشفع بالوثائق الهامة التي تساعد الدولة المطلوب إليها التسليم على البت في الطلب.

والبت في مثل هذه الطلبات في بعض الدول يكـون مـن اختـصاص الـسلطة التنفيذية، وفي البعض الآخر يكون من اختصاص السلطة القضائية، ويتميز الاتجاه الأول بالسرعة والبساطة، بيد أنه يتيح الفرصة لتحكم السلطة التنفيذية؛ لأن الـسلطة القـضائية هي المؤهلة بحكم طبيعة رسالتها لأن تكون حارس الحقوق والحريات الفردية؛ ولذا فـإن الاتجاه الثاني القضائي أولى بالترجيح من الاتجاه الأول، خاصة إذا ما علمنا أن مقتضى الأخذ بالاتجاه الثاني القضائي أن القضاء لن يقرر تسليم الشخص المطلوب إلا بعد التثبت من ثبوت مسئوليته عن الجريمة؛ وهو ما تفتقر إليه السلطة التنفيذية[2]. وتأخذ بالاتجـاه الأول فرنسا ومصر والعراق والأردن واليمن والمملكة العربية السعودية، أمـا الاتجـاه القضائي فيسود في الدول الأنجلوسكسونية، وتأخذ به سوريا.

=

[1] - مثل أوصاف الشخص مع صورته الفوتوغرافية، وادعاء النيابة العامة أو جهاز الادعاء، والأدلـة المتوافرة ضد الشخص المطلوب، وبيان مفصل عن نوع الجرم وظروف ارتكابـه، وزمـان ومكـان الاقتراف، والنصوص القانونية المطبقة على الجريمة، والحكم الحضوري أو الغيابي إن وجـد، وقـرار الإحالة إلى القضاء، أو قرار الحبس الاحتياطي إذا لم يكن قد حوكم. وتقـدم هـذه البيانـات بالوثـائق الأصلية أو بصور منها معتمدة من السلطات المختصة.

[2] - يراجع في التفصيل: محمد الفاضل: مرجع سابق، ص ١٤٩ وما بعدها.

إجراءات التسليم وفقًا للنظام الإداري:

يمكن إيجاز إجراءات التسليم وفقًا للنظام الإداري فيما يلي:

١- ترسل الدولة طالبة التسليم طلبها مستوفى إلى الدولة المطلوب إليها التسليم بالطريق الدبلوماسي؛ أي عن طريق وزارة الخارجية.

٢- ترسل وزارة الخارجية الطلب بعد دراسته إلى وزير العدل، الذي يرفعه بدوره إلى رئيس الدولة، الذي يملك حق البت في الطلب بالرفض أو القبول. وإذا استلزم الأمر حبس الشخص المطلوب احتياطيا؛ فإن رجال السلطة الإدارية أو الأمن هم الذين ينفذون ذلك كعمل إداري، ولا صلة لهم في ذلك بالسلطة القضائية في الدولة.

إجراءات التسليم وفقًا للنظام القضائي:

ونوجز هذه الإجراءات أولاً وفقًا لما هو متبع في إنجلترا، ثم ثانيا وفقًا لما هو متبع في سوريا؛ كنموذج للبلاد العربية التي أخذت بهذا الأسلوب[1].

ففي إنجلترا تتلخص إجراءات التسليم في الآتي:

١- يدعى الشخص المطلوب تسليمه للمثول أمام القاضي المختص، الذي يجمع في يديه اختصاصات القاضي الابتدائي، وقاضي التحقيق في آنٍ واحد.

٢- تجري المحاكمة أمام هذا القاضي علنية، وتقوم النيابة العامة خلالها بتقديم الوثائق الواردة مع طلب التسليم، وعرض ما توافر ضد الشخص من أدلة.

٣- يسأل الشخص المطلوب تسليمه عن الأدلة المتوافرة ضده، وأقوال الشهود إن وجدت، ليناقشها هو ومحاميه الماثل معه.

٤- لا يقرر القاضي حبس الشخص المطلوب حبسا احتياطيا إلا إذا ترجحت لديه القناعة الوجدانية بثبوت مسئولية هذا الشخص عن الجريمة أو الجرائم المطلوب من أجلها التسليم.

٥- يجوز الطعن في القرار الذي يصدره القاضي في هذه الحالة الاستثنائية.

=

[1]- محمد الفاضل: نفس المرجع والموضع.

أما في سوريا فتتلخص هذه الإجراءات فيما يلي[1]:

١- ترد طلبات التسليم بالطريق الدبلوماسي إلى الحكومة السورية.

٢- تحال الطلبات بعد ذلك إلى لجنة تسليم المجرمين المحدثة بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٥.

٣- تتمتع لجنة تسليم المجرمين في بحثها للطلبات بجميع الصلاحيات التي خولت لقاضي التحقيق؛ فلها حق استجواب المطلوب تسليمه، وحبسه احتياطيا، والإفراج عنه نهائيا أو بكفالة، ولها كذلك حق إجراء التحقيق بجميع الوسائل القانونية.

٤- يجوز لهذه اللجنة ندب من تريده من القضاة لاستجواب الشخص، ويقدم نتيجة التحقيق إليها.

٥- يمثُل المطلوب تسليمه أمام لجنة التسليم، أو أمـام القاضـي المنـدوب، ويجري استجوابه ومواجهته بكافة الأدلة المتـوافرة ضـده. ويجـب أن يحضر هذا الاستجواب محامٍ يختاره الشخص أو تعينـه الـسلطات، إذا لم يتمكن الشخص من توكيل محامٍ عنه.

ولم يفصح القانون رقم ٥٣ المشار إليه عن طبيعة الإجراءات التي تتبـع أمـام اللجنة، وهل تكون جلساتها علنية أم سرية، وهل تكتفي بالتثبت من توافر شروط التسليم، أم أنها تخوض في إثبات التهمة، والتأكد من ثبوت مسئولية الشخص عنهـا؟ بيـد أنـه بالرجوع إلى المادة ٣٥ من قانون العقوبات السوري؛ يتضح لنا أن لهـذه اللجنـة كـل الصلاحيات حتى تتثبت من توافر مسئولية المطلوب تسليمه عـن الجريمـة أو الجـرائم المنسوبة إليه، وإن كان القانون كذلك لم يبين الإجراءات الواجبـة الاتبـاع أمـام لجنـة التسليم.

اتجاه اتفاقية الجامعة العربية:

نصت المادة الثامنة من اتفاقية التسليم المنعقدة بين دول الجامعة العربيـة سـنة ١٩٥٢م، على أن طلبات التسليم تقدم بالطرق الدبلوماسـية، وتفـصل فيهـا الـسلطات المختصة بحسب قانون كل دولة، وبذلك يتضح أن هذه الاتفاقية لم تفرض علـى الـدول العربية اتباع النهج الإداري أو القضائي للبت في طلبات التسليم، كما نصت المادة الثالثة عشرة من هذه الاتفاقية على ما يجب أن يتبع في حالة تعدد طلبات التسليم المقدمـة مـن

=

[1]- وفقًا لنص المادة ٣٥ من قانون العقوبات السوري.

دول مختلفة، بشأن تسليم متهم واحد. وتفيد هذه المادة أنه إذا كانت الطلبات كلها من أجل جريمة واحدة؛ تكون الأولوية في التسليم للدولة التي أضرت الجريمة بمصالحها، ثم للدولة التي ارتكبت الجريمة فوق إقليمها. أما إذا كانت الطلبات متعلقة بجرائم متباينة؛ فتكون الأولوية للدولة التي طلبت التسليم قبل غيرها، والعبرة في ذلك بتاريخ تسليم الطلب إلى حكومة الدولة طالبة التسليم بالطريق الدبلوماسي.

آثار التسليم:

يحكم التسليم مبدأ يعرف بمبدأ "خصوصية التسليم" ويقصد به "عدم جواز محاكمة الشخص أو معاقبته إلا عن الجريمة التي سلم من أجلها". أما الجرائم الأخرى التي يكون قد اقترفها ولم ترد في طلب التسليم؛ فلا يجوز للدولة التي تسلمت المتهم أو المجرم أن تحاكمه أو تعاقبه عليها، إلا إذا أتاحت له فرصة الخروج من إقليمها خلال مدة معينة (هي شهر في اتفاقية دول الجامعة العربية من تاريخ إطلاق سراحه في الدولة التي سلم إليها). فإذا لم يغادر البلاد خلال هذه المدة، أو غادرها ثم عاد إليها طواعية؛ فإن الدولة يحق لها في هذه الحالة أن تحاكمه على ما تشاء من جرائم، ولو كانت غير التي طلبت تسليمه إليها أصلاً من أجلها.

وقد نصت المادة الرابعة عشرة من اتفاقية دول الجامعة العربية على مبدأ "خصوصية التسليم".

ويرى البعض[1] أنه استثناء من مبدأ "خصوصية التسليم"؛ يجوز للدولة التي تسلمت المتهم أو المجرم، إذا ما تبين لها بعد التسليم أن هناك جرائم أخرى ارتكبها الشخص ولم تكن تدري عنها، ولم تدونها لذلك في الطلب؛ أن تطلب من الدولة التي سلمت الشخص الإذن لها بمحاكمته عن هذه الجرائم، ويمنح هذا الإذن في الغالب إذا كانت الجرائم المكتشفة من النوع الذي يجوز من أجله التسليم، ويرفض إذا كانت من النوع السياسي.

إعادة التسليم:

يقصد بإعادة التسليم قيام الدولة التي تسلمت المتهم أو المجرم بتسليمه من جديد إلى الدولة التي سلمته، أو إلى دولة أخرى، وهي تعيد تسليمه إلى الدولة التي سلمته إذا ما اكتشفت هذه الأخيرة ارتكابه لجريمة أو جرائم أخرى تدخل في اختصاصها. أما عن إعادة تسليمه إلى دولة أخرى غير التي سلمته؛ فلا يجوز أن تتم إلا بعد الحصول على

=

[1]- الفاضل: مرجع سابق، ص ١٨١.

موافقة الدولة التي سلمته في الأصل، ولا يغني شيء عن هذه الموافقة أو موافقة الشخص على التسليم؛ لأن ذلك يتعلق بسيادة الدولة التي سلمته في الأصل. ومع ذلك يصبح للدولة التي تسلمته حرية إعادة تسليمه إلى ما تشاء من الدول، إذا هي أفرجت عنه، وتركت لـه حرية مغادرة البلاد لمدة ثلاثين يوما، ولم يغادرها، أو غادرها ثم عاد إليها.

بعض القواعد الفقهية الإسلامية التي تحكم تسليم المجرمين:

ليس ثمة ما يمنع في الشريعة؛ من الاستفادة بمختلف الأحكام السابقة في شـأن تسليم المجرمين. ونعرض فيما يلي أهم القواعد الفقهية الإسلامية[1] التي يسترشد بها في هذا الشأن.

القاعدة الأولى:

أن الأصل هو وحدة بلاد المسلمين، مهما اختلفت الأقاليم وتباعدت. وليس ثمة ما يمنع من أن تسلم أي دولة إسلامية[2]، لأي دولة إسلامية أخـرى؛ أي مـسلم أو ذمـي أو مستأمن ارتكب جريمة على أرض الثانية، والتجأ إلى الأولى، ما لم تكن هذه الأولى قد حاكمته فعلاً على جريمته محاكمة عادلة بأحكام التشريع الجنائي الإسلامي، وذلك حتى لا يعاقب الشخص على الفعل الواحد مرتين.

القاعدة الثانية:

للدولة الإسلامية أن تطلب من الدولة الإسلامية الأخرى أن تسلمها أحـد الجنـاة لإعادة محاكمته، إذا تمت هذه المحاكمة على غير أسس الشريعة الإسلامية.

وفي هذه الحالة لا يعتد بالعقوبـة الموقعـة علـى الجـاني بنـاء علـى هـذه المحاكمة الباطلة.

القاعدة الثالثة:

إن محاكمة الجاني على جريمته، ومعاقبته في محل وقوعها؛ أفضل من محاكمته في غير هذا المحل، وأدعى لتحقيق العدالة وزجر الجاني وردع غيره.

=

[1] - أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٣٧٣ وما بعدها؛ عودة: مرجع سابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.

[2] - اختلف الفقهاء في بيان المقصود بالدولة الإسلامية، فمنهم من أخذ بمعيار تطبيق الأحكام الإسلامية، ومنهم من أخذ بمعيار توافر الأمان وحسن المعاملة للمسلمين، كما أن منهم من أخذ بمعيار العـدد؛ أي باعتبار الدولة الإسلامية إذا كان أكثر أفرادها من المسلمين، حتى ولو طبقت فيها أحكام غير إسـلامية أحيانًا، كما في تركيا. (أبو زهرة: جـ١، ص ٣٧٣).

القاعدة الرابعة:

للدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عنه إذا كانت تنوي أن تحاكم الجاني وفقًـا لقواعد الشريعة، وكانت الدولة طالبة التسليم لا تطبق الشريعة ولا تنوي تطبيقها؛ وذلـك بالنسبة لجرائم الحدود.

القاعدة الخامسة:

يستثنى من فكرة "كتاب القاضي إلى القاضي"[1] المعروفة لدى فقهـاء المـسلمين جرائم الحدود؛ لأن العقاب عليها لا يؤدي غايته إلا إذا نفذ في مكان ارتكابها.

ولكن هناك قولاً في مذهب **الشافعي** يعتبر كتاب القاضي مقبولاً في كل أنواع القضايا، بما فيها الحدود، وبهذا قال **مالك** رضي ا عنه، وسندهم في ذلك أن حقوق العباد تنفذ بكتاب القاضي، وحقوق ا أولى وأحق بالتنفيذ، ولأن ديار الإسلام لا يصح أن تعطل فيها الحدود التي قامت على أسبابها الأدلة، ولو امتنع تنفيذها بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأدى ذلك إلى أن تتعطل الحدود بخروج الجاني من إقليم إلى إقليم.

وبالنسبة لغير الحدود قال **الشافعي ومالـك:** إن كتاب القاضي يوجـب تنفيـذها، سواء كانت العقوبات بدنية (بما فيها القصاص) أم ماليـة. وقـال **أبـو حنيفـة وأحمـد**

=

[1]- هي فكرة إسلامية، مقتضاها أنه إذا حكم قاضٍ في مصر من الأمصار، وهرب المحكوم عليه إلـى مصر آخر؛ فإن القاضي الذي أصدر الحكم يرسل صورة منه بالأدلة التي قام عليها إلى القاضي الـذي هرب الجاني إلى مصره، ويطلب منه تنفيذ الحكم (أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٣٧٧).

وقال صاحب المغني فيه: "أجمعت الأمة على كتاب القاضي؛ لأن الحاجة إلى قبوله داعية، فإن من لـه حق في بلد غير بلده، لا يمكنه إثباته والمطالبة به إلا بكتاب القاضي؛ فوجب قبوله".

(أبو محمد عبد ا بن قدامة: المغني، مرجع سابق، الجزء العاشر، ص ٨٠).

وجاء في المغني كذلك أنه: ".. إذا قبل القاضي المرسل إليه الكتاب؛ فإنه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذي حكم عليه به، فيبعث إليه فيستدعيه، فإن اعترف بالحق أمره بأدائه وألزمه إياه، وإن قال: لست المسمى في هذا الكتاب؛ فالقول قوله مع يمينه، إلا أن يقيم المدعي البينة على أنه المسمى في هذا الكتـاب. وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته، إلا أن الحق ليس هو عليه؛ إنما هو على آخر يشاركه في الاسم والنسب والصفة، فالقول قول المدعي في نفي ذلك؛ لأن الظاهر عدم المشاركة في هذا كله، فإن أقام المدعي عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له في هذا كله؛ أحضره الحاكم وسأله عـن الحق، فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الأول، وإن أنكره وقف الحكم، وكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمـه الحال وما وقع من الإشكال، حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليـه منهمـا.." (ص ٨٠، ٨١).

والجمهور إن كتاب القاضي لا تنفذ به العقوبات البدنية، بما في ذلك القصاص في النفس وفيما دون النفس؛ وإنما تنفذ به الديات وأرش الجروح.

القاعدة السادسة:

لا يجوز لدولة إسلامية أن تسلم رعاياها؛ مسلمين أو ذميين إلى دولة غير إسلامية، عن جريمة وقعت في هذه الدولة الأخيرة؛ لأن سلطان التشريع الجنائي الإسلامي هو الذي يسري على مثل هذه الجرائم تبعا لمبدأ الشخصية الإيجابية كما عرفنا، وتأسيسا على قاعدة: "لا ولاية لغير المسلم على المسلم"[1].

ولا يعاقب من دخل الإسلام حديثًا عن جرائم ارتكبها في الخارج قبل إسلامه؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، ولقوله تعالى: ﴿**قُل لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَر لَهُم مَا قَدْ سَلَفَ**﴾[2].

أما إذا طلب تسليمه عن جرائم اقترفها في الخارج بعد إسلامه؛ فيعامل كالمسلم تماما ولا يجوز تسليمه.

أما المستأمن فيجوز للدولة الإسلامية أن تسلمه إلى الدولة غير الإسلامية التي تطلبه عن جريمة اقترفها فيها وفر إلى الدولة الإسلامية، إذا كانت هذه الدولة الإسلامية هي دولته التي ينتمي إليها بجنسيته. أما إذا طلبته دولة غير إسلامية أخرى؛ فلا تجاب إلى طلبها، لمخالفة ذلك لعقد الأمان، إلا إذا ضمنت الدولة الإسلامية عدم تعسف الدولة غير الإسلامية مع المستأمن، بناء على عهد بينهما.

القاعدة السابعة:

يجوز للدولة الإسلامية أن تطالب دولة غير إسلامية بتسليم من يجرم في ديار الإسلام ويفر إلى تلك الدولة غير الإسلامية، وذلك في حالة وجود اتفاق أو عهد بينهما، أو في حالة وجود عرف دولي بذلك؛ حيث يكون ذلك العرف عهدا لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

=

1- وأساس هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿ولن يجعل ا ُ للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. وقوله جل شأنه: ﴿لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من ا في شيءٍ إلا أن تتقوا منهم تقاةً ويحذركم ا ُ نفسه﴾.

2- سورة الأنفال، آية ٣٨.

القاعدة الثامنة:

لا يجوز للدولة الإسلامية أن تسلم من هاجر إليها وأسلم إلى دولته غير الإسلامية، عن جريمة وقعت منه فيها بعد إسلامه.

ولكن إذا كان هناك شرط في اتفاق يجيز التسليم بين الدولتين؛ فقد اختلف الفقهاء حول صحة هذا الشرط:

- **فقال الحنفية وبعض المالكية**: إن هذا الشرط باطل؛ حيث لا يجوز تسليط غير المسلم على المسلم، ولأن تطبيق وتنفيذ العقوبات يدخل في باب الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.
- **وقال أحمد وبعض المالكية** إن هذا الشرط صحيح[1]، ويجوز تسليم المسلم أو الذمي ما دام هناك اتفاق، والاتفاق عهد.
- **وقال الشافعية**: تتعين التفرقة بين:

(أ) من له عشيرة تحميه في الدولة غير الإسلامية، فيصح الشرط، ويجوز تسليمه.

(ب) من ليس له عشيرة تحميه هناك؛ فلا يصح الشرط، ولا يجوز تسليمه.

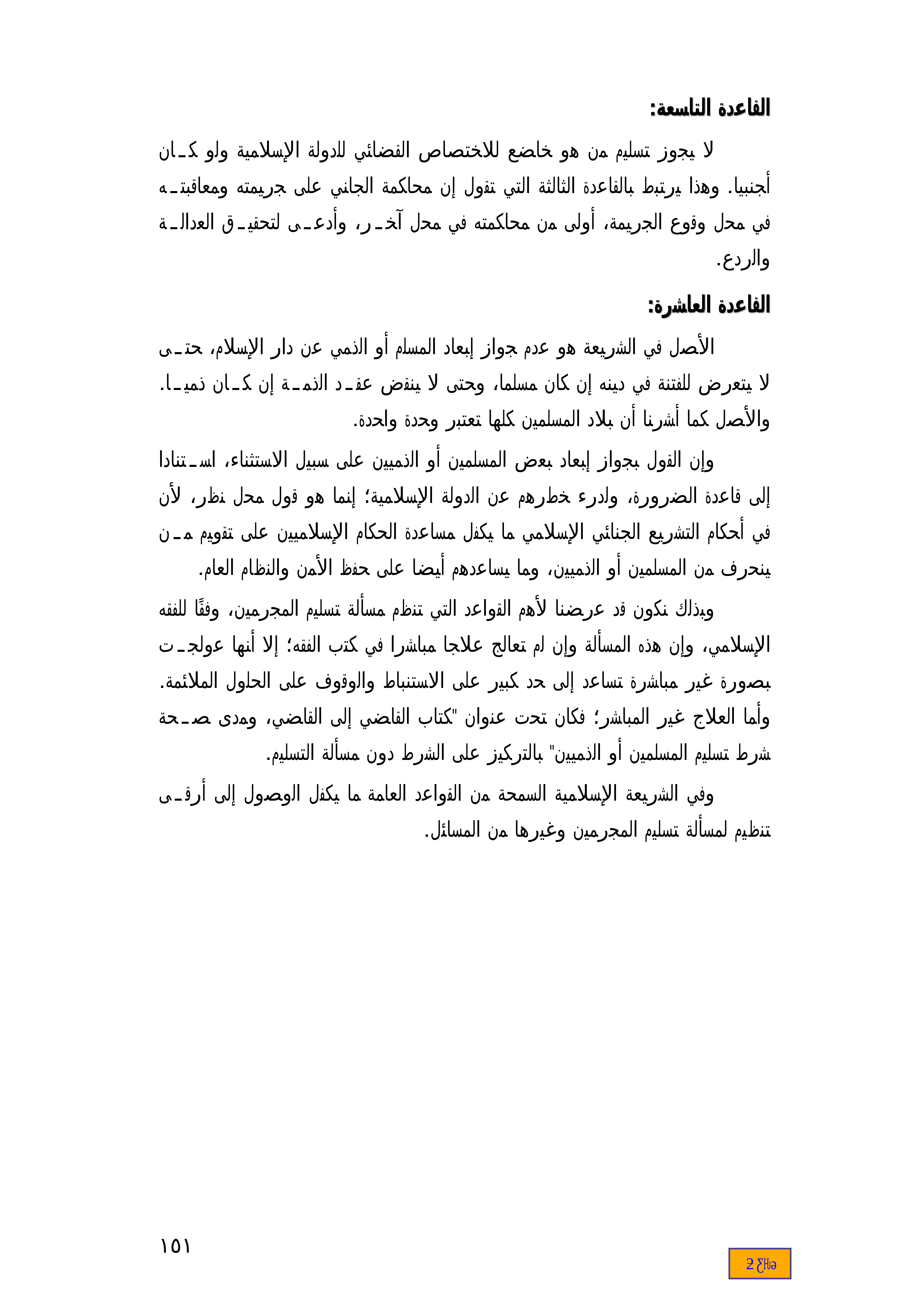
ويقول الشافعي في أمر تسليم أبي جندل أن تسليمه تم على أساس وجود عشائر تحميه وتحمي من كان معه، وتمنع عنهم الأذى.

ولا يجوز في جميع الأحوال تسليم المرأة المسلمة إلى الدولة غير الإسلامية التي هاجرت منها، ولو كان لها فيها زوج وأولاد، وذلك لقوله: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن**[2]﴾.

=

[1] - ويستدل الحنابلة وبعض المالكية في هذا القول على ما روي في صلح الحديبية من أن النبي ﷺ قبل من قريش أن من يخرج منهم إلى النبي مسلما يرد إليهم، ومن يخرج من عند المسلمين مرتدا لا يردونه إلى النبي ﷺ. وروي أن أبا جندل بن عمر بن سهل قد جاء وكان قد أسلم، فرده عليه الصلاة والسلام، فصار ينادي: "يا معشر المسلمين، أأرد إلى المشركين يفتنوني عن ديني؟ فقال له عليه الصلاة والسلام: "اصبر يا أبا جندل واحتسب، فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا. إنّا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحا وأعطيناهم عهد الله، وإنا لا نغدر بهم". أبو الفداء إسماعيل بن كثير: السيرة النبوية، تحقيق مصطفى عبد الواحد، القاهرة، ١٣٨٥ هـ (١٩٦٥م)، الجزء الثالث، ص ٣٢٢؛ أبو زهرة: جـ١، ص ٣٨٠.

[2] - سورة الممتحنة، آية ١٠.



القاعدة التاسعة:

لا يجوز تسليم من هو خاضع للاختصاص القضائي للدولة الإسلامية ولو كان أجنبيا. وهذا يرتبط بالقاعدة الثالثة التي تقول إن محاكمة الجاني على جريمته ومعاقبته في محل وقوع الجريمة، أولى من محاكمته في محل آخر، وأدعى لتحقيق العدالة والردع.

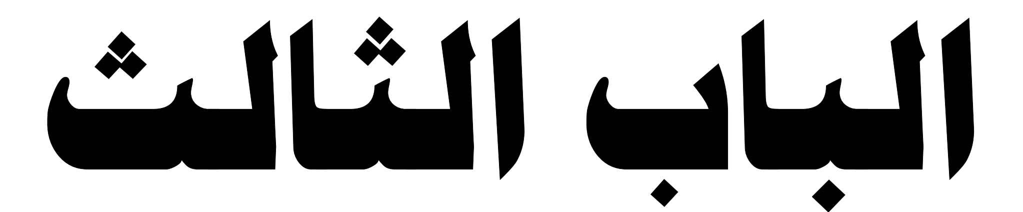
القاعدة العاشرة:

الأصل في الشريعة هو عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمي عن دار الإسلام، حتى لا يتعرض للفتنة في دينه إن كان مسلما، وحتى لا ينقض عقد الذمة إن كان ذميا. والأصل كما أشرنا أن بلاد المسلمين كلها تعتبر وحدة واحدة.

وإن القول بجواز إبعاد بعض المسلمين أو الذميين على سبيل الاستثناء، استنادا إلى قاعدة الضرورة، ولدرء خطرهم عن الدولة الإسلامية؛ إنما هو قول محل نظر، لأن في أحكام التشريع الجنائي الإسلامي ما يكفل مساعدة الحكام الإسلاميين على تقويم من ينحرف من المسلمين أو الذميين، وما يساعدهم أيضا على حفظ الأمن والنظام العام.

وبذلك نكون قد عرضنا لأهم القواعد التي تنظم مسألة تسليم المجرمين، وفقًا للفقه الإسلامي، وإن هذه المسألة وإن لم تعالج علاجا مباشرا في كتب الفقه؛ إلا أنها عولجت بصورة غير مباشرة تساعد إلى حد كبير على الاستنباط والوقوف على الحلول الملائمة. وأما العلاج غير المباشر؛ فكان تحت عنوان "كتاب القاضي إلى القاضي، ومدى صحة شرط تسليم المسلمين أو الذميين" بالتركيز على الشرط دون مسألة التسليم.

وفي الشريعة الإسلامية السمحة من القواعد العامة ما يكفل الوصول إلى أرقى تنظيم لمسألة تسليم المجرمين وغيرها من المسائل.



أسباب الإباحة•

=

• جرى الفقه العربي على استعمال هذه التسمية، ترجمة للمصطلح الفرنسي Casuses de justification، والترجمة الدقيقة لهذا المصطلح هي: "أسباب التبرير"، كما استعملها القانون اللبناني وقلة غيره من التشريعات العربية.

ويرى البعض أن كلا المصطلحين العربي والفرنسي لا يعبر بدقة عن طبيعة حالات الإباحة، ما دامت لا ترد على جريمة أو إجرام حقيقي؛ وإنما هي وقائع لها "صورة" الجرائم أو الإجرام من ناحية الشكل القانوني فحسب؛ فهي في حقيقتها إذن حالات تنعدم فيها بطريقة تلقائية وبديهية الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة.

ولذا فمن الأفضل أن تسمى حالات "انعدام الصفة الإجرامية" أو "المشروعية". (د. علي راشد: مرجع سابق، ص ٤٩٥). ومن المراجع الفرنسية الهامة في هذا الباب:

Tullio Dologu: Les cause de justification. Cours de doctorat, Le Caire, 1951-1952.

Merle et Vitu: op. cit., p. 297 et suiv.

Lopez – Rey: Les exigencies d’aujourd’hui et la politique criminelle on contemporaine, Rev. d. p. crim, 1962-1963, p, 853 et. Suiv.

L. Jimeneze de Asua: L’antijuridicité – Rev. int. d. P., 1951, p. 273 et. Suiv.

تمهيد وتقسيم

قد ترفع صفة الجريمة عن فعل هو جريمة إذا اقترف في الأحوال العادية، إذا وقع هذا الفعل في حالة معينة، وذلك لاعتبارات معينة، يقدرها المجتمع، ويجعل الفعل بسببها مباحا.

ويعرف أنصار نص التجريم ركنًا من أركان الجريمة تحت اسم "الركن الشرعي"؛ أسباب الإباحة بأنها "حالات انتفاء الركن الشرعي، بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال".

وتتفق التشريعات على أسباب ثلاثة للإباحة هي: استعمال الحق، واستعمال السلطة لأداء واجب قانوني، والدفاع الشرعي، ولكن منها ما يضيف إلى هذه الأسباب حالة الضرورة، وتشمل الإكراه المعنوي[1]، كما أن منها ما يضيف حالة رضاء المجني عليه[2]، ولكنها اختلفت على الموضع المناسب لهذه الأسباب[3].

وفيما يلي نعالج تفصيلاً هذه الموضوعات؛ فنبدأ بالقواعد العامة في صدد الإباحة، فاستعمال الحق، فممارسة السلطة أداء لواجب قانوني، فالدفاع الشرعي، وذلك في أربعة فصول.

=

[1] - المواد: ٧٢ عقوبات ليبي، ٨١، و٨٢ عقوبات مغربي، على التوالي.

(د. محمود مصطفى: الأصول، ص ٤٢).

[2] - المواد: ٧٢ عقوبات ليبي، ٨١، و٨٢ عقوبات مغربي، على التوالي.

[3] - تختلف التشريعات الجنائية في صدد الموضع المناسب لأسباب الإباحة، فمنها ما يجعلها تحت عنوان "عنصر الجريمة القانوني أو الشرعي"؛ كقوانين سوريا والأردن والكويت، ومنها ما يجعلها تحت عنوان واحد هي وموانع الأهلية أو موانع العقاب كالقانون السوداني؛ حيث جعلها تحت عنوان "المسئولية الجنائية"، والقانون المصري؛ حيث جعلها تحت عنوان "أسباب الإباحة وموانع العقاب"، والقانون التونسي؛ حيث جعلها تحت عنوان "عدم المؤاخذة بالجرائم". أما القانون الليبي؛ فقد كان اتجاهه موفقًا، عندما أفرد لأسباب الإباحة فصلاً خاصا بعد الانتهاء من معالجة أركان الجريمة؛ وهو ما فعله كذلك القانون العراقي (د. محمود مصطفى: الأصول، ص ٤١، ٤٢).

الفصل الأول

قواعد عامة في الإباحة

يضم هذا الفصل بعض القواعد العامة التي تميز أسباب الإباحة من غيرها من الأسباب أو الأحوال التي يترتب عليها امتناع العقاب أو امتناع المسئولية.

١- علة الإباحة وأساسها:

تدور الأحكام مع عللها وجودا وعدما؛ فلكل جريمة علة هي الأساس في تجريم الفعل المكون لها، وإذا توافرت هذه العلة قامت الجريمة، وإذا انتفت انتفت الجريمة، فعلة تجريم القتل تتمثل في وجوب حماية حق الإنسان في الحياة من أي عدوان يؤدي إلى إزهاق الروح، فإذا انتفت علة التجريم بأن خلا القتل من العدوان (كالقتل قصاصا تنفيذًا لحكم شرعي، أو القتل دفاعا عن النفس في ظروف يخشى من الاعتداء فيها حدوث الموت أو جراح بالغة)؛ نقول إذا انتفت العلة، انتفى الحكم. ولذلك يمكن القول بأن علة الإباحة تتوافر إذا انتفت علة التجريم.

وأساس الإباحة على هذا النحو يقوم على فكرة تعارض المصالح؛ مصالح المجتمع أو المجني عليه، ومصالح مرتكب الجريمة في حالة من حالات الإباحة، وترجيح إحداها على الأخرى؛ لأن المجتمع يعتبرها الأولى بالرعاية. ومثال ذلك من يتعرض لجريمة قتل باستعمال سلاح، فيدافع عن نفسه ويقتل المعتدي؛ ففي هذا المثال نكون أمام نوعين من المصالح المتعارضة؛ مصالح المجتمع والمجني عليه البادئ بالاعتداء، ومصالح مرتكب الجريمة المدافع عن حقه في الحياة. فهنا يفاضل المجتمع بين نوعي المصالح، ويؤثر مصالح المدافع لأنها الأولى بالترجيح والرعاية من مصلحته، ومصلحة ذوي المجني عليه المعتدي غير الجدير بالحماية أو الرعاية.

ومثال آخر الطبيب الذي يستعمل مبضعه في جراحة لأحد مرضاه، فهو يحدث به جراحا، والجرح محرم على الكافة، ولكن بالمفاضلة بين مصلحة المجتمع في هذه الحالة، والمصلحة المستفادة من عدم عقاب الطبيب؛ يؤثر المجتمع ترجيح المصلحة الأخيرة لما فيها من فائدة محققة لعلاج إنسان، وهكذا. ويرى البعض[1] أن أساس الإباحة في الفقه الإسلامي هنا قاعدة الضرورات تبيح المحظورات"؛ لأن الشريعة توجب على المرء أن لا

=

[1]- عودة: مرجع سابق، ص ٤٧٠.

يلقي بنفسه في التهلكة. وفي الواقع إن تأسيس الإباحة على ترجيح مصلحة على أخـرى، ولعلة تتمثل في انتفاء علة التجريم؛ يختلف عن تأسيسها علـى حالـة الـضرورة؛ لأن ارتكاب الفعل في حالة ضرورة ملجئة لا يمحو عن الفعل صفة الجريمة، ولا يؤثر علـى نص التجريم، بينما يترتب على ارتكابه في حالة إباحة محو صفة الجريمة عنه لانتفـاء علة التجريم[1]. ويترتب على ذلك أنه لا مسئولية جنائية ولا مدنية تترتـب فـي حالـة الإباحة، بينما تترتب المسئولية المدنية في حالة الضرورة. ولنا عودة إلى ذلـك تفـصيلاً فيما بعد. وفي نظرنا أن حالة الضرورة تجمع مقومات الإباحة وعلتها؛ ولذا فلم يك ثمـة مبرر للتفرقة في الأثر بين اقتراف الفعل المجرم في أي من الحالتين.

٢- مصادر الإباحة:

تعتبر النصوص التشريعية هي المصدر الرئيسي للإباحة، ومع ذلك يمكن القـول إن للمصادر غير التشريعية دورا في مجال الإباحة، مرتبطًا بدورها المحدود وقيمتها في نطاق المواد الجنائية.

فالأصل هو ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهو مبدأ أساسـي فـي نطـاق أي تشريع جنائي، يقتضي حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون. ولكن مـن المسلم به أن سلطان هذا المبدأ إنما يتعلق بإنشاء الجرائم والجزاءات الجنائية، أو بتـشديد هذه الجزاءات، أو بتسويء مركز المتهم على أي نحو. أما فيما عدا ذلك وخـارج هـذا النطاق؛ فلا مانع من الاعتماد على المصادر الأخرى غير التشريعية فيما يتعلق بـسبب إباحة، أو بسبب امتناع مسئولية أو امتناع عقاب، أو بأي سبب مـن الأسـباب الموجبـة للتخفيف أو المحققة لصالح المتهم.

وعلى ذلك يمكن الاعتماد على العرف في استخلاص بعض أسباب الإباحـة[2]؛ مثل مباشرة الألعاب الرياضية، ومباشرة غير الأطباء لبعض أنواع الجراحة الـصغرى؛

=

[1] - اعتبر القانون الإيطالي حالة الضرورة من أسباب الإباحة (المادة ٥٤ منه)، وهو اتجاه موفـق؛ لأن الضرورة تقوم على أساس تضحية حق في سبيل صيانة آخر يعلو أو يتساوى معه في القيمة، وهو نفس الأساس الذي تقوم عليه فكرة الإباحة.

(د. محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٤١).

[2] - وذلك وفقًا للاتجاه الذي رجحناه، وهو الاتجاه السائد.

انظر: (Tullio Delogu: op. cit., P. 148)

وانظر أيضا في الفقه العربي: (محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربيـة، ص ٢٣؛ علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٠٢؛ رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٢٠٤).

كتنظيف الجروح، وإعطاء الحقن العضلية والقيام بعمليـات الختـان، وتأديـب الخـادم مخدومه، والمعلم تلميذه، وصاحب الحرفة الصغار الذين يتولى تعليمهم وتدريبهم.

وفضلاً عن ذلك يمكن القول بجواز القياس على نصوص الإباحة[1]؛ فالقياس في حالات الإباحة أمر يقتضيه المنطق. فلو تصورنا شخصا تعرض لاعتداء وشيك الوقـوع على نفسه، وقاومه ودفعه عن طريق فعل غير قتـل المعتـدي أو جرحـه أو ضـربه (وهي الصور المحددة لدفع الاعتداء في حالات الدفاع الشرعي)؛ كـأن يدفعـه بـإتلاف سلاح المعتدي أو حبسه الوقت اللازم لحضور الشرطة؛ فالقول بحظر القياس هنا معنـاه وقوع المدافع تحت طائلة العقاب، كما لو كان في ظروف عادية، في حين أنه لا عقوبـة عليه مطلقًا إذا هو قتل المعتدي أو جرحه أو ضربه، وهذه نتيجة شـاذة ولا شـك؛ لأن النصوص إذا كانت تسمح بالدفاع الشرعي بأفعال جسيمة، فإنها تسمح من بـاب أولـى بالدفاع بأفعال أقل جسامة.

ويضرب البعض[2] مثالاً آخر من قضاء النقض المصري؛ حيث قضي بأنـه إذا هاجم المعتدي وهو يمتطي فرسا المعتدى عليه، شاهرا عصاه الغليظة يريد أن يـضربه بها، فلم يجد المعتدي عليه وسيلة لدفع الخطـر المحـدق بـه إلا أن يـصوب غدارتـه ("بندقيته") إلى فرس المعتدي، فتخر صريعة، ويسقط المعتدي معها؛ فإن فعل قتل الحيوان المملوك للغير هنا نتيجة حالة الدفاع الشرعي.

ومثل آخر من مجال الأحكام المنظمة لحق تأديب الصغار للتعليم أو التهذيب؛ أنه إذا كانت الإباحة مقررة بالنسبة لأفعال الضرب؛ فإنه – قياسا على ذلك - تكون مباحـة في الأفعال التي تقل في أذاها عن الضرب.

وتطبيقًا لذلك قُضي بأنه إذا كان الولي قد رأى في سبيل حمل ابنته القاصر على الطاعة، التي لا يبغي من ورائها إلا تهذيب أخلاقها وتقويم سلوكها؛ أن يضع في رجليها قيدا حديديا عند غيابه عن المنزل، ملاحظًا في ذلك ألا يمنعها من الحركة داخل المنزل، وألا تؤلم بدنها؛ فإن ذلك لا تجاوز فيه لحدود حق التأديب المخول له قانونًا، بيد أنـه إذا

ويأخذ البعض بالاتجاه المعاكس؛ حيث يرى عدم إمكان اعتبار العرف أساسا لاستخلاص بعض أسـباب الإباحة، (السعيد مصطفى السعيد: مرجع سابق، ص ١٧٤).

[1] - يراجع في ذلك بحث لنا بعنوان: "الحكم حيث ينعدم النص الجنائي"، مجلة الإدارة العامة، الرياض، العدد ٢٢، عام ١٣٩٨هـ، ٦٠؛ محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة،ص ٢٦ – ٢٧.

[2] - محمود نجيب حسني: المرجع والموضع؛ وانظر أيضا: بعض أحكام النقض المـصرية بـالمرجع التالي: (السعيد مصطفى السعيد: مرجع سابق، ص ١٨٠).

تجاوز الحدود المعقولة كان بالتالي خارجا عن حدود حقه مستحقًا للعقاب، كما لو ربط ابنته بحبل ربطًا محكما نتج عنه "غنغرينا" والوفاة[1].

ومثال أيضا من مجال ممارسة مهنة الطب والجراحة؛ فمن المسلم به إباحة المساس بأجسام المرضى بأفعال هي في الأصل جرائم، وذلك من أجل علاج الأمراض وتحسين الصحة. وقد اقتصرت الإباحة في أول الأمر على العمليات الجراحية البحتة، التي تتم بقصد العلاج، وصدرت نصوص التشريعات الجنائية بهذا المعنى فحسب. بيد أن خلافًا قد نشأ حول بعض العمليات الجراحية التي لا تستهدف العلاج؛ وإنما تستهدف فقط مجرد التجميل أو تلقيح الغدد، واستقر الرأي في هذا الصدد على ترجيح مشروعيتها، واعترفت بها الهيئات العلمية المتخصصة.

ويمكن تبرير الإباحة في هذه العمليات غير العلاجية، على أساس من القياس (عند انعدام النص المبيح)، والنظر إلى علة الإباحة في ممارسة مهنة الطب والجراحة. فإذا كانت إباحة ممارسة مهنة الطب والجراحة لعلة العلاج وتحسين الصحة؛ ففي عمليات التجميل تحسين للصحة المعنوية بالدرجة الأولى؛ الأمر الذي ينعكس أثره حتما على الصحة العامة للشخص، ويجعله أكثر إنتاجية ونفعا للمجتمع، وهو أمر مشروع.

٣- الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب[2]:

عرفنا أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، يترتب على توافرها رفع صفة الجريمة عن الفعل، نظرا لاقترافه في ظروف معينة، لا يصح معها تطبيق نصوص التجريم، ولذلك يسميها البعض بحالات المشروعية الاستثنائية، تمييزا لها عن المشروعية العادية، التي تستند إلى عدم وقوع النشاط تحت طائلة نصوص التجريم.

أما موانع المسئولية الجنائية فهي أمور ذات طبيعة شخصية؛ لأنها تصيب الشخص في إرادته فتعيبها (كالإكراه المعنوي، والحادث الفجائي، وحالة الضرورة)[3]، أو تعدمها (كالجنون وصغر السن).

=

[1] - نفس المرجع والموضع.

[2] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٣٩ وما بعدها؛ عبد السلام التونجي: موانع المسئولية الجنائية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٠١ وما بعدها؛ Merle et Vitu: OP. Cit., P. 301.

[3] - أشرنا فيما تقدم إلى عدم وجود ما يبرر التفرقة في الأثر بين الإباحة والضرورة؛ حيث تتشابه المقومات والعلة في الاثنين. ولكننا عندما نضرب الأمثلة سنعتبر حالة الضرورة من موانع المسئولية، باعتبارها تؤثر في إرادة الشخص، وذلك وفقًا للاتجاه السائد في التشريعات الجنائية. قارن:

Merle et Vitu: OP. Cit. P. 326.

وبذلك يتضح أن أسباب الإباحة ترجع إلى ظروف خارجة عن شخص الفاعل، بخلاف موانع المسئولية التي ترجع إلى عوامل داخلية تتعلق بالإدارك والإرادة، وما تصاب به من نقص أو انعدام. ومن زاوية أخرى فإن أسباب الإباحة تتوافر لدى من يستفيد بها جميع العناصر القانونية اللازمة للمساءلة الجنائية، وإن تعطل نص التجريم لانتفاء علته أو انتفاء العدوان، بينما لا تتوافر هذه العناصر كاملة في أحوال امتناع المسئولية.

أما موانع العقاب؛ فهي أمور تطرأ بعد اكتمال عناصر المسئولية الجنائية من الناحيتين المادية والمعنوية، ويترتب على توافرها امتناع العقاب؛ حيث يؤثر المجتمع ذلك لتحقيق فوائد معينة؛ ولذا فإن من أسباب امتناع العقاب ما يهدف إلى إيقاف النشاط الإجرامي، وعدم استرسال المجرم في إكمال جريمته، أو محاولة إزالة هذه الآثار نهائيا، وإصلاح الأضرار المترتبة عليها. ومن أمثلة أحوال امتناع العقاب من التشريعات العربية ما ورد في التشريع المصري من إعفاء من العقاب لكل من يبادر من الجناة إلى إبلاغ السلطات بوجود اتفاق جنائي، وبالمشتركين في الاتفاق قبل وقوع الجريمة، وقبل بدء الملاحقة[1]. وفي الأنظمة السعودية[2] ما ورد من إعفاء الراشي والوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل اكتشافها.

ويترتب على التفرقة السابقة بين أسباب الإباحة، وموانع المسئولية وموانع العقاب؛ الآثار التالية:

٢. أن سبب الإباحة يمحو صفة الجريمة عن الفعل، ويجعله كأن لم يكن، ولا يترتب على وقوع الفعل أي آثار جنائية.

أما موانع المسئولية وموانع العقاب؛ فلا ترتب مثل هذا الأثر، وإنما تحول فقط دون تطبيق النص على من قام لديه سبب مانع من المسئولية، كما تحول دون تطبيق العقوبة المقررة على من قام لديه سبب مانع من العقاب، من غير أن تمنع ترتيب آثار أخرى.

=

[1]- المادة ٤٨ عقوبات مصري، وكذلك المواد: ١٠٧ مكرر، ١٠٨، ٢٠٥، ٢١٠. أما المادة ٢٩١ فقد قررت إعفاء الخاطف من العقوبة إذا تزوج من خطفها زواجا شرعيا، وذلك بقصد تشجيعه على تخفيف أو محو الآثار المتخلفة عن جريمة.

[2]- المادة ١٤ من نظام مكافحة الرشوة، الصادر في المملكة العربية السعودية، بالمرسوم الملكي رقم ١٥، وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ، المعدل بالمرسوم الملكي رقم م/٣٥، وتاريخ ١٣٨٨/١٠/١٣ هـ.

٣. إن المساهم التبعي "الشريك" في حالة الإباحة؛ يستفيد من هذه الإباحة، ولا يعد شريكًا في جريمة[1]، وهو في الواقع لا يستفيد بصفة تبعية بسبب قيام حالة الإباحة وانتفاء العدوان لدى الفاعل؛ وإنما بصفة أصلية لقيام حالة الإباحة بالنسبة له أيضا، وانتفاء العدوان[2]. أما المساهم التبعي في حالات امتناع المسئولية أو العقاب؛ فإنه يعاقب.

٤. إن الخطورة الإجرامية تكون منعدمة في أحوال الإباحة، بينما تتوافر في حالات موانع المسئولية وموانع العقاب، وهو ما يخول القاضي قياسها بالطرق العلمية، مستعينًا بالضوابط الإرشادية التي قد يمده بها التشريع، من أجل تقرير بعض التدابير الاحترازية الملائمة لمواجهة هذه الخطورة. فأسباب امتناع المسئولية أو امتناع العقاب إذن؛ تحول دون توقيع العقوبات التقليدية فحسب، دون التدابير الاحترازية.

٥. إن أسباب الإباحة لا يترتب عليها أي مسئولية جنائية أو مدنية، بينما يمكن الحكم بالتعويض على من قام لديه سبب من أسباب امتناع المسئولية أو امتناع العقاب. وعلى ذلك يتصور الحكم بالتعويض على الصبي غير المميز الذي امتنعت مسئوليته الجنائية[3].

=

[1] - وهنا يتعين ملاحظة أنه من الجائز أن تتعلق الإباحة بالفاعل دون الشريك أو العكس؛ لتوقف الأمر على حسن النية. فقد يتوافر حسن النية لدى الفاعل دون الشريك أو العكس. (علي راشد: مرجع سـابق، ص ٤٩١). وهو ما يتعين أن يفهم وفقًا له نص المادة ٤٢ عقوبات مصري؛ حيث تقول: "إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة، أو لعدم وجود القصد الجنائي، أو لأحوال أخرى خاصـة به؛ وجبت مع ذلك معاقبة الشريك، بالعقوبة المنصوص عليها قانونًا".

وكان من الأصوب في نظرنا أن يكون النص أكثر وضوحا من ذلك؛ ليفصح عن معنى محـدد هـو أن قيام سبب إباحة أو أي سبب من أسباب امتناع المسئولية أو العقاب؛ لا يحول دون معاقبة الشريك، مـع إبراز وجوب توافر سوء النية في حالة الإباحة. أما النص المشار إليه فقد أوجب معاقبة الشريك في كل الأحوال، وهو ما لا يستقيم مع طبيعة أسباب الإباحة وما ترتبه من آثار.

[2] - علي راشد: نفس المرجع، ص ٤٩٧.

[3] - تنظم التشريعات المدنية كيفية الحصول على التعويض من الصغير، فإذا لم يكن هنـاك مـن هـو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول؛ فإن الحكم بالتعويض يكون على الـصغير (مادة ١٦٤ مدني مصري). وقد يقضى بالتعويض على من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة من وقع منه العمل الضار، ولو كان غير مميز (مادة ١٧٣ مدني مصري).

٤- أثر الإباحة:

لكل حالة من حالات الإباحة شروطها الخاصة، التي لا بد من توافرها لكي تترتب الإباحة آثارها. وتتمثل هذه الآثار في إخراج الفعل من نطاق التجريم، واعتباره مشروعا. وينظر في هذه الحالة إلى الفعل في ذاته لا إلى الشخص وإدراكه أو إرادته. وبعبارة أخرى يصبح الفعل بالإباحة كالأفعال غير المجرمة تماما من حيث الأثر.

ولكن قد تختل شروط الإباحة في حالة من الحالات؛ كاختلال شرط اللزوم أو شرط التناسب في إحدى حالات الدفاع الشرعي. وفي هذه الحالة تنتفي الإباحة، ويخضع الفعل – كما كان - للتجريم، وتقوم مسئولية الشخص جنائيا، ولكن القاضي في هذه الحالة ينظر في مدى توافر الركن المعنوي، وهل يسأل الشخص عن جريمة عمدية أم غير عمدية؛ وهو ما سنراه في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي؛ حيث يكون للمحكمة أن تسأل الشخص عن جريمة عمدية مسئولية كاملة، إذا ما انتفت الإباحة وتحولت إلى حالة انتقام، كما أن لها أن تعده معذورا، وتأخذه بأسباب الرأفة وتخفف الجزاء، ولها كذلك أن تعتبره مسئولاً بتجاوزه عن جريمة خطئية كما سنرى.

ويرى البعض[1] أنه من المتصور ألا تقوم المسئولية الجنائية على الرغم من تخلف أحد شروط الإباحة، وذلك عندما يتثبت القاضي من انتفاء الركن المعنوي للجريمة بانتفاء القصد الجنائي، والخطأ غير العمدي. وفي هذه الحالة يكون الفعل غير مشروع، ولكن مرتكبه يكون غير مسئول عنه، ومثال ذلك أن يتجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع الشرعي، ويثبت للقاضي أن هذا التجاوز وليد الاضطراب ودقة الموقف، اللذين بلغا حدا أزال كل سيطرة على الإرادة؛ فهو غير مسئول في هذه الحالة عن فعله، ولا محل لتوقيع عقاب عليه.

ولكنا نرى إن امتناع العقاب في حالة التجاوز الأخيرة، لا يرجع أساسه إلى الإباحة؛ وإنما إلى انتفاء الإرادة أو حرية الاختيار بسبب دقة الموقف؛ حيث تنعدم قدرة الشخص على توجيه نفسه إلى إتيان فعل معين، أو الإحجام عن عمل معين؛ ففي هذه الحالة ينتفي أحد عنصري المسئولية الجنائية، التي تقوم بتوافر الإدراك وحرية الاختيار.

=

محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٣٩.

[1] -T. Delogu: op. cit., P. 161

٥ - الجهل بالإباحة:

القاعدة المستقرة فقها هي: "أن الجهل بالإباحة لا يحول دون توافرها، والاستفادة منها"؛ وهي قاعدة تتفق مع طبيعة أسباب الإباحة كما رأينا، وكونها ذات طبيعة موضوعية لا شخصية.

وقد نص التشريع الإيطالي على ما يفيد هذا المعنى؛ حيث قال[1]: "إن الظروف المخففة أو المشددة أو المانعة من العقاب تحدث أثرها بالنسبة للمتهم، ولو كان يجهلها أو يعتقد خطأ أنها غير موجودة".

ومع ذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها[2] بأن "تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضاه لا يكون صحيحا، إلا إذا كان الضابط مأذونًا من النيابة العامة بذلك، وعالما بهذا الإذن قبل إجراء التفتيش فعلاً".

وانتقد البعض[3] هذا الحكم على أساس أنه جاء على خلاف الأصول العامة في القانون، والتي لا تحتاج إلى نص صريح يقررها؛ فأسباب الإباحة من الأسباب الموضوعية، تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم، بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الفعل، وسواء أكان عالما بقيام السبب أم كان جاهلاً بوجوده، فالفعل يكون مباحا في الحالتين.

ولكن البعض الآخر[4] فرق بين فرضين بشأن هذا الحكم، بالنظر إلى ما استقر عليه الفقه المصري من أن مِن شروط إباحة فعل الموظف – حين يستعمل سلطة تقديرية أو ينفذ أمر رئيس تجب عليه إطاعته – أن يكون حسن النية. ويراد بحسن النية أن يكون مستهدفًا بفعله تحقيق الغرض الذي من أجله خوله القانون أو خوله رئيسه هذه السلطة، مع الاعتقاد بمشروعية العمل[5].

=

[1] - في المادة ٥٩ عقوبات إيطالي.

[2] - نقض مصري في ٣ ديسمبر ١٩٣٤م، مجموعة القواعد القانونية، جـ٣، رقم ٢٩٣، ص ٣٩٩.

[3] - محمود مصطفى: القسم العام. ص ١٠٥

[4] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٣٣.

[5] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٠٠.

الفرض الأول:

أن تكون محكمة النقض قد استخلصت من جهل الضابط الإذن بـالتفتيش انتفـاء حسن نيته، وفي هذا الفرض يكون حكم المحكمة صحيحا بالنظر إلى انتفاء حـسن النيـة اللازم للإباحة، وباعتبار الحالة حالة استعمال للسلطة.

الفرض الثاني:

أن تكون المحكمة قد بنت حكمها علـى أسـاس أن مجـرد الجهـل بالـشرط الموضوعي للإباحة (وهو صدور الإذن طبقًا للقانون) نافٍ للإباحة ذاتهـا، وفـي هـذا الفرض يكون حكمها غير صحيح، بحسب القاعدة المستقرة التي أشرنا إليها قبـل قليـل، والتي تقول: "إن الجهل بالإباحة لا يحول دون توافرها والاستفادة منها".

ونحن مع التمييز بين هذين الفرضين، ولكن يتعين ترجيح توافر سوء نية المفتش في مثل هذه الأحوال، إذا أقدم على التفتيش دون التثبـت مـن وجـود الإذن القـانوني بالتفتيش.

أما إذا قام بالتفتيش بعد حصوله على الإذن القانوني، وهو يعتقد أنه إذن باطـل؛ فإن هذا الاعتقاد الخاطئ – في نظرنا - لا يرتب أي أثر في شأن الإباحة، ولا ينفيها بأي حال؛ لأنه نوع من الجهل بصحة الإذن وسلامته القانونية، لا يحول دون توافر الإباحـة والاستفادة منها.

٦- الغلط في الإباحة[1]:

الغلط في الإباحة عكس الجهل بها؛ حيث يقصد به اعتقاد الفاعل أو توهمه بوجود حالة إباحة مكتملة الشروط، على الرغم من خطأ هذا الاعتقاد[2]. وأمثلة ذلك أن يتـوهم شخص أن خطرا يهدده، فيتصرف على هذا الأساس، فيقتل أو يصيب الغير، معتقدا أنـه في حالة دفاع شرعي، أو أن يعتقد مأمور ضبط قضائي يقوم بتفتيش مكان معين بصحة أمر التفتيش أو القبض الذي يحمله، في الوقت الذي يكون هذا الأمر فيـه بـاطلاً، أو أن يعتقد الأب في الظلام أن الصغير العابث هو ابنه، فيضربه تأديبا، في حين أنه ابن أحـد جيرانه؛ ففي كل هذه الأمثلة يوجد غلطة في الإباحة وفي الوقائع دون القانون.

=

[1] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحـة، ص ٣٣؛ محمـود مـصطفى: القـسم العـام، ص ١٤٧؛ الجنزوري: الأسس العامة، ص ٤٩٣.

[2] - والجهل يعني عدم العلم بالواقعة؛ أي جهل وجودها، بينما يعني الغلط العلم بها على نحـو مغـاير للحقيقة.

ويترتب على الغلط في الإباحة امتناع عقاب الفاعل، إذا ثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة، وفقًا لمعيار الشخص العادي متوسط الفطنة والذكاء. أما إذا أتى الفعل بغير تثبت أو تحرٍ، ولـم يبـذل عنايـة الشخص المعتاد في تصرفه؛ فإنه يسأل عن جريمة خطئية، وبشرط توافر حسن النية في كل الأحوال.

ويرى البعض[1] أن سبب الإباحة ذو طابع موضوعي، وأن البحث فيه يجـب أن يتجه إلى حقائق الأشياء ومادياتها، لا إلى اعتقاد الجاني الذي قد يكون بعيدا عن الحقيقة؛ ولذا فإن الغلط في الإباحة لا يعدل سبب الإباحة في ذاته، وإنما يختلف عنه مـن حيـث الأثر؛ حيث يترتب عليه انتفاء القصد الجنائي، وبالتالي انتفاء المسئولية العمدية، وتفسير ذلك أن الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة هي عناصر سلبية للجريمة، بمعنى أنه يجب التثبت من انتفائها للقول بوجود الجريمة. وبعبارة أخرى؛ فإن قيام الجريمة يتطلب توافر الوقائع التي تقوم عليها، مع انتفاء الوقائع التي قد يقوم عليها أحد أسـباب الإباحـة، وإذا كان العلم بتوافر الوقائع التي تقوم عليها الجريمة عنصرا متطلبا لتوافر القصد الجنـائي؛ فإن العلم بانتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب من أسباب الإباحة هـو بـدوره عنـصر متطلب لتوافر القصد الجنائي.

وبناء على ذلك فإن الاعتقاد - المبني على أسباب معقولة - بانتفاء الوقائع التـي تقوم عليها الجريمة، إذا كان ينفي القصد الجنائي؛ فإن الاعتقاد بتوافر الوقائع التي يقـوم عليها سبب الإباحة يؤدي كذلك إلى انتفاء القصد الجنائي.

ويبني أصحاب الرأي السابق على هذا التفسير قاعدة مؤداها أن "الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي"، ولكنه لا ينفي المسئولية الجنائية غير العمدية إذا توافرت شروطها.

وتقرر بعض التشريعات العربية صراحة الاعتداد بالغلط في الإباحـة، وتـسوي بينه وبين الإباحة ذاتها في الأثر. ومن هذه التشريعات قانون العقوبات المصري، الـذي يقرر أن الفعل يكون مباحا إذا تعرض الشخص لفعل أو لأفعال يتخوف أن يحدث منهـا الموت أو جراح بالغة، متى كان لهذا التخوف أسباب معقولة، وذلك فـي حالـة الـدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال، كما سنرى.

=

[1] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٣٥.

ونحن نرى اعتبار الغلط في الإباحة كالإباحة ذاتها من حيث الأثر، يترتب عليه انتفاء المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية عن الفاعل، ولأن القول بغير ذلك وباعتبار الغلط في الإباحة منفيا للقصد الجنائي فحسب؛ من شأنه أن ينفي المسئولية الجنائية دون المدنية، وهو ما لا يستقيم مع حالة الإباحة وطبيعتها وطبيعة الغلط فيها؛ فالغلط فيها متصل بفكرة الحظر الوهمي التي استقر الفقه والقضاء – في مصر وغالبية الدول العربية - على الاعتداد بها. وإن البحث في توافر شروط حالة الدفاع الشرعي، ومنها الشرط المتعلق بالخطر "الحقيقي أو الوهمي"؛ لا يؤثر بأي حال في الطبيعة الموضوعية لهذه الحالة وما يترتب عليها من نتائج وآثار[1].

ويجب هنا أن نفرق بين الغلط في الإباحة، الذي يرجع إلى الغلط في الوقائع - وهو ما قصدناه فيما سبق - وبين الغلط في الإباحة، الذي يرجع إلى الغلط في القانون؛ حيث لا يترتب على هذا النوع الأخير ذات الأثر المترتب على النوع الأول، ومثاله القاتل الذي يتذرع برضاء المجني عليه كسبب لإباحة القتل، والمختلس الذي يعتقد أن القانون يجيز له التصرف في المال الذي في عهدته إذا كان ينوي رده إلى الصندوق مرة أخرى؛ فمثل هذا النوع من الغلط لا يصلح دفعا للمسئولية الجنائية.

وسنعود إلى الجهل والغلط مرة أخرى للبحث عن أثرهما وعلاقتهما بالمسئولية الجنائية، وذلك عند الكلام على الركن المعنوي للجريمة في الجزء الثاني من هذه الدراسة، مع بيان موقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد.

=

[1]- انظر: علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٤٧. ويرى الأستاذ الدكتور علي راشد ما يتفق مع هذا المعنى؛ حيث يرى عدم الخلط بين مجالي الإجرام والدفاع فيما يتعلق بالغلط في الشخص والحيدة عن الهدف، فإن حدوث الغلط أو الحيدة من شخص مجرم، يقوم بأفعال اعتداء؛ لا يكون كحدوث الغلط أو الحيدة من شخص في حالة دفاع. وإن المقابلة بينهما إنما تكون للمقارنة فحسب دون أن تكون سببا في الخلط بينهما؛ فليس من شأن الغلط في الشخص أو الحيدة عن الهدف نفي الحق الذي ينشأ للمدافع، ولا نفي الإباحة المترتبة على مباشرته بحسن نية.

الفصل الثاني

استعمال الحق

تمهيد وتقسيم:

"لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق"؛ مبدأ مستقر، يفيد إباحة الأفعال التي تصدر عن الأشخاص، ما دامت استعمالاً لحقوق مقررة بمقتضى الشرع أو بمقتضى القوانين واللوائح المستندة إلى هذا الشرع.

ولقد ورد هذا المبدأ بصيغته الموجزة المشار إليها في مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة[1]، الذي نص في موضع آخر[2] على أنه "لا جريمة فيما يجيزه القانون وخاصة في الحالات الآتية:

١. ضروب التأديب والتأنيب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم ومعلموهم ومن في حكمهم، على نحو ما يقرره العرف العام.
٢. عمليات الجراحة والعلاج المنطبقة على أصول الفن، متى أجريت برضاء العليل أو ممثله الشرعي، فيما عدا الحالات العاجلة.
٣. أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية، متى روعيت قواعد اللعب."

وقد ورد في التعليق على هذين النصين أن النص الأول قد استبعد عبارة "بنية سليمة" للتناقض "بين استعمال الشخص لحقه الخالص من كل تجاوز من كل تجاوز أو تعسف، وبين استعماله بسوء نية، ولأنه إذا تجاوز حقه أو أساء استعماله؛ فإنه يخرج بذلك عن دائرة الحق، ويدخل في باب الجريمة؛ مقصودة كانت أو غير مقصودة". كما حرص التعليق على النص الثاني على ذكر أن الحالات الواردة به قد وردت على سبيل المثال لا الحصر[3].

وبناء على ذلك سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين؛ الأول للبحث في الشروط العامة لاستعمال الحق كسبب للإباحة، والثاني للبحث في أهم التطبيقات.

=

[1] - المادة ٣٠.

[2] - المادة ٣٦.

[3] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٥٦.

المبحث الأول

الشروط العامة لاستعمال الحق

تمهيد:

الحق مصلحة مقررة ومحمية بمقتضى الشرع أو بناء عليه، ويتعين على الكافة احترامها، وتمكين صاحبها من الانتفاع بها، أو مباشرة السلطات المترتبة عليها[1].

ومن هذا التعريف يمكننا أن نوضح شروط استعمال الحق كسبب للإباحة بأنها:

١- وجود حق مقرر بمقتضى الشرع أو بناء عليه.

٢- استعمال هذا الحق في الحدود المقررة.

٣- توافر حسن النية في استعماله.

الشرط الأول: وجود حق مقرر بمقتضى الشرع أو بناء عليه:

جميع الحقوق مصدرها في الأصل الشرع الإسلامي، وقد يكون الحق مقررا بنص في الكتاب أو السنة، أو بالإجماع، أو استنادا إلى المصادر الشرعية الأخرى؛ كالقياس والاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والعرف. وقد يكون مقررا بنص تشريعي صادر من السلطة التشريعية "التنظيمية"؛ حيث يمارس ولي الأمر بواسطة هذه السلطة مهام التشريع في الإطار الشرعي.

وللفقهاء آراء متباينة في شأن المصادر الشرعية الاحتياطية، وخاصة القياس، والعرف، ونحيل بشأن هذه الآراء إلى المراجع العامة في مصادر التشريع الإسلامي.

ويلعب العرف دورا ملموسا في مجال الإباحة؛ حيث يستند إليه في إباحة الضرب أثناء ممارسة بعض الألعاب الرياضية، وتأديب المخدوم خادمه، وخرق أذن البنات، وإعطاء الحقن العضلية بواسطة شخص غير مصرح له بممارسة الأعمال الطبية... إلخ.

ولا شك في أهمية العرف كمصدر للإباحة، ولكن بشرط ألا يكون فيه مخالفة للشرع[2]. ففي الاستناد إليه مصلحة؛ لأنه في أكثر أحواله يتفق مع المصلحة الظاهرة

=

[1]- يراجع في تفاصيل اختلاف الآراء الفقهية في تعريف الحق: المراجع العامة في نظرية الحق.

[2]- يورد بعض الشراح في الدول العربية من بين أمثلة العرف المبيح؛ العرف الذي يبيح الظهور على الشواطئ، أو في حمامات السباحة بملابس الاستحمام، وهو في نظرنا عرف مخالف للشرع الإسلامي، ولا يصلح سندا للإباحة.

البينة، ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان في حكم الإسلام[1]، لقوله تعالى: ﴿**وما جعلَ عليكُم فِي الدين من حرج** [2]﴾.

الشرط الثاني: استعمال الحق في الحدود المقررة:

ويقوم هذا الشرط على عنصرين؛ **الأول**، مباشرة الحق والأفعال اللازمة له ممن يملكه، **والثاني** إتيان الأفعال اللازمة لممارسة الحق بالقدر اللازم والضروري فقط.

١- مباشرة الحق ممن يملكه[3]:

فالأصل أن الاحتجاج بالحق يكون لصاحبه، فهو الذي يخول إتيان الأفعال التي يستعمله بها، ويقرر لها سبب إباحة، حين يأتي هذه الأفعال. وقد يخول الحق لكل شخص؛ مثل الحق في الطعن في أعمال الموظف العام، والحق في القبض على المتلبس بجريمة في الطريق العام؛ فكل شخص له أن يأتي من الأفعال ما يشاء، في سبيل استعمال أي الحقين على أساس الإباحة، كما قد يخول الحق لشخص معين يحدد بصفته؛ كصفة الزوج أو الولي أو المعلم في التأديب، وصفة الطبيب في ممارسة مهنة الطب والجراحة، وصفة الخصم في ممارسة حق الدفاع، بما قد يتضمنه من إهانات؛ فلكل صاحب حق من هؤلاء استعمال حقه بنفسه، دون أن يكون له أن ينيب غيره في استعماله بحسب الأصل. ولكن المصلحة تقتضي في بعض الأحوال إنابة الغير في ممارسة الحق، وهنا يستفيد النائب من الإباحة، وتكون أفعاله التي يأتيها في سبيل ممارسة الحق نيابة عن الأصيل؛ أفعالاً مباحة؛ فالوكيل لا يرتكب نصبا إذا تصرف في مال للموكل، لأنه يستعمل حق الموكل بمقتضى عقد الوكالة، ولا تشمل الإنابة الحقوق المالية فحسب؛ وإنما تشمل كل حق يمكن قانونًا الإنابة في استعماله؛ كحق الدفاع، وحق تأديب الصغار[4]. ويحدد الشرع، كما تحدد التشريعات المستمدة منه؛ نطاق النيابة إن وجدت بالنسبة لكل حق على

=

[1] - أبو زهرة: مرجع سابق، ص ٢٥٢.

[2] - سورة الحج، آية ٧٨.

[3] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٧٦ وما بعدها؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٦٠ وما بعدها؛ Delogu: op. cit., p. 208.

[4] - يجيز القانون المصري في المادة ١٧٣ منه؛ أن تكون الرقابة على الصغير بناء على اتفاق. والرقابة والتأديب متلازمان، ولذا يسوغ أن يكون تأديب الصغير بناء على اتفاق، وتكون ممارسة التأديب بالتبعية للرقابة، على سبيل الإنابة. (نجيب حسني: نفس المرجع، ص ٨٠).

وليس للأم حق تأديب الصغار على الرأي الراجح، إلا في حالات محددة هي؛ إذا كانت وصية على الصغير، أو كانت تكفله، وفي حالة غياب الأب.

حدة؛ حيث لا تتصور الإنابة من الطبيب، لشخص عادي لممارسة عملية جراحيـة؛ لأن للإباحة شروطها الخاصة في هذه الحالة، إلا إذا كانت الإنابة من طبيب إلى طبيب زميل له، وفي نفس خبرته وتخصصه، كما لا تتصور الإنابة من الزوج لشخص آخر لتأديـب زوجته[1]؛ فهناك إذن حالات تجوز الإنابة فيها بلا صعوبة، وحالات تجوز الإنابة فيهـا بقيود وحدود، وحالات لا تجوز الإنابة فيها، ولا تُتـصور علـى الإطـلاق، والـشرع والتشريع المستمد منه يتكفلان ببيان نطاق الإنابة في الحقوق في مختلف هذه الحـالات. وفضلاً عن الإنابة؛ يوجد ما يعرف بالفضالة في استعمال الحق، ويقـصد بالفـضالة أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون إذن منـه، أو دون اتفاق بينهما، فإذا توافرت شروط الفضالة أصبح الفضولي في مركز الوكيل. ومثال ذلك أن يبيع فضولي ثمار الغير خشية التلف، فلا يؤاخذ على نصب لبيع مـاك الغيـر؛ أو أن يذبح فضولي حيوانًا شاهده يحتضر ليمكن صاحبه من الانتفاع بلحمه، فلا يؤاخذ على قتل الحيوان؛ فالفضولي في هذه الأحوال يستعمل حقا بالنيابة عن صاحبه، يبـيح لـه إتيـان الأفعال السابقة[2].

٢- إتيان الأفعال اللازمة فقط لممارسة الحق بالقدر اللازم والضروري:

فحق تأديب الزوج زوجته أو صغاره، يخول لـه إتيـان التـصرفات اللازمـة لممارسة هذا الحق، ولكن يجب أن يبدأ الزوج بالأيسر والأخف من الأفعال، ويتدرج في التأديب باستعمال الوسائل الأكثر شدة شيئًا فشيئًا، بحسب درجة الـذنب المقتـرف مـن الزوجة أو الصغير؛ لذلك يتعين على الزوج ألا يلجأ إلى ضرب الزوجـة تأديبـا، إلا إذا تأكد من أن الوسائل الشرعية الأخرى (كالوعظ والهجر في المضجع) غير مجدية[3].

=

[1] - حق التأديب مقرر للزوج بمقتضى الشرع الإسلامي، لقوله تعالى: ﴿**واللاتِـي تَخَـافُون نُـشُوزهن فَعِظُوهن واهجروهن فِـي الْمـضاجِعِ واضـربوهن؛ فَـإن أَطَعـنَكُم فَـلا تَبغُـوا علَـيهن سـبِيلاً**﴾ (النساء – ٣٤).

[2] - محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٦١.

[3] - اختلاف الفقهاء في جواز التأديب بالضرب لأول معصية من الزوجة:

فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن الضرب لا يكون لأول معـصية، وإنمـا يكـون لتكـرار المعـصية، والإصرار عليها، فإذا عصت أول مرة وعظها الزوج بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرهـا، فإن عادت كان له أن يضربها. وحجتهم في ذلك، أن "الواو" وردت للترتيب في قوله تعالى: ﴿**فَعِظُـوهن واهجروهن فِي الْمضاجِعِ واضربوهن**﴾، وأن المقصود من التأديب هو الزجـر عـن المعـصية فـي المستقبل، فعليه أن يبدأ بالأسهل، وعليه إذا ضربها – ليكون فعله مباحا غير معاقب عليـه - أن يثبـت أنها عصت قبل الضرب مرتين، وأنه وعظها في الأولى، وهجرها في الثانية.

وإذا كان حق الدفاع قد كُفل للخصم، بما قد يتضمنه من إهانات للغير؛ فإن هـذه الإهانات لا يسمح بها إلا في حدود ضيقة للغاية، يستلزمها الموقف، وتقتضيها طبيعة حق الدفاع، فإن تجاوز المدافع هذه الحدود، وأتى من الأقوال والإهانات ما يخرج عن نطـاق مستلزمات حق الدفاع؛ فإنه يعاقب على ذلك باعتباره مكونًا لجريمـة سـب أو إهانـة، أو قذف على حسب الأحوال.

وقد سبق لمحكمة النقض المصرية أن قررت هذا المعنى؛ فأنكرت القـول بـأن "العرف جرى على المساجلة بالعبارات الحماسية والأساليب التخيلية، وألفـاظ التهويـل والمبالغة والتحذير والترهيب... للتأثير على النفس وحملها على التصديق فـي الـشئون التي ليس من المستطاع حمل المناظر على تصديقها بالطرق البرهانية الهادئة"، وأضافت إلى ذلك أنها لا تجيز هذا القول؛ "بل تصرح بـأن فيـه خطـرا علـى كرامـة النـاس وطمأنينتهم، وتشجيعا للبذاءة ودنس الشتائم، والحقيقة ليـست بنـت التهويـل والتـشهير والمبالغة والترهيب؛ بل هي بنت البحث الهادئ والجدل الكريم"[1].

الشرط الثالث: أن تكون ممارسة الحق بحسن نية:

عبرت التشريعات العربية عن هذا الشرط بتعبيرات متباينة، تدور جميعها حـول نفس المعنى؛ فقد استعملت تعبيرات "بنية سليمة" في القانون المصري[٢]، "وبنية حـسنة"

وهذا يتفق مع الرأي المرجوح في مذهبي الشافعي وأحمد. **وأما الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد؛** فهو أن من حق الزوج ضرب زوجته سواء تكررت المعصية أم لم تتكرر، وسواء سبق الضرب أو الـوعظ أو الهجر، أو لم يسبق الضرب شيء من ذلك. وحجتهم في ذلـك أن عقوبـات المعاصـي لا تختلـف بالتكرار، وأن "الواو" الواردة في الآية الكريمة المشار إليها جاءت لمطلق الجمـع، ولـيس للترتيـب. ويترتب على هذا الرأي أن من ضرب زوجته لأول معصية دون أن يسبق ذلك وعظ أو هجر لا عقاب عليه؛ لأنه يستعمل حقه الشرعي في الحدود المقررة (عودة: جـ١، ص ٥١٤).

ونحن نميل إلى ترجيح رأي مالك وأبي حنيفة، منعا لتعسف بعض الأزواج، الذي لا يحفظون للزوجـة مكانتها التي حفظها لها الشرع الإسلامي، ويسيئون عشرتها، ويوسعونها ضربا لأتفه الأسباب. فإذا علم الزوج أنه سيقع عليه عبء إثبات عصيان الزوجة مرتان، وأنه وعظها في الأولى، وهجرها في الثانية، وإلا تعرض للعقاب عن جريمة الضرب؛ فإنه سيفكر كثيرا قبل إقدامه على الضرب. وحسن العشرة من أهم أسباب الحفاظ على الأسرة، وذلك من أهم ما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية. وفضلاً عن ذلـك فإن منطق العقاب التدرج، وأن تكون عقوبة الذنب الأول أخف من عقوبة الذنب الثاني، وهكذا؛ وهو ما يتضح من الآية الكريمة؛ حيث تدرجت العقوبات في الشدة من الوعظ إلى الهجر إلى الضرب، فـضلاً عن ورود "الواو" في الآية للترتيب وليس للجمع المطلق بين هذه العقوبات.

[1] - انظر في هذا القضاء وغيره: محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٨٤-٨٥.

[2] - المادة ٦٠.

في القانون الكويتي[1]، "وبغير تجاوز" في القانون اللبناني[2]، و "دون إساءة استعماله" في القانون السوري[3] والأردني[4].

أما القانون الليبي[5] فقد اكتفي بالقول: "إنه لا عقاب على الفعل إذا وقع "ممارسة لحق"، ومثله القانون السوداني؛ حيث عبر عن ذلك بقوله إن الجريمة تكون منتفية إذا كان القانون يبرر الفعل[6].

وأدق التعبيرات – في نظرنا - هو تعبير القانون الليبي؛ حيث نص[7] على أنه: "لا عقاب إذا وقع الفعل ممارسة لحق أو أداء لواجب فرضه القـانون، أو فرضـه أمـر مشروع صدر من السلطة العمومية.....".؛ فممارسة الحق ممارسة صـحيحة تقتـضي بالضرورة حسن النية وعدم التجاوز، وكذلك أداء الواجب، وممارسة الـسلطة. والـنص على اشتراط حسن النية بتعبير أو بآخر من التعبيرات المشار إليها فيما سبق؛ ما هـو إلا تحصيل حاصل أو ذكر لمفهوم، ويكفي التعبير – كما أشرنا - بأنه لا جريمـة إذا وقـع الفعل "ممارسة لحق"، وكما ورد في مشروع قانون العقوبات الذي وضـع للجمهوريـة العربية المتحدة أثناء الوحدة بين مصر وسوريا؛ حيث جاء التعبير موجزا بالقول بأنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق"[8]، مع استبعاد تعبير "بنية سليمة" أو "بحسن نيـة" أو غير ذلك.

وعلى خلاف ذلك يرى البعض[9] أن الوضوح في النص يقتضي الإشـارة إلـى حسن النية؛ لأن هذا الشرط ذو طابع شخصي، ومدلوله محل للاختلاف في الرأي؛ ممـا يخشى معه أن ينصرف الذهن – عند تطبيق هذا النص، إلى الشروط الموضوعية للحـق

=

1- المادة ٢٨.

2- المادة ١٨٣.

3- المادة ٥٩.

4- المادة ٥٨.

(محمود مصطفى: الأصول، ص ٤٥).

5- المادة ٦٩.

6- المادة ٥٤.

(محمود نجيب حسني: نفس المرجع، ص ٨٩).

7- المادة ٦٩.

8- المادة ٣٠.

9- محمود نجيب حسني: نفس المرجع والموضع.

دون سواها، فشرط حسن النية تمييز عن سائر شروط الحق بطبيعته الخاصة، ودقة معياره؛ مما يقتضي – دفعا للبس والغموض - النص عليه صراحة.

ومع ذلك يمكننا القول بأن القواعد العامة كفيلة بإزالة أي لبس أو غموض؛ لأنها تقتضي أن يكون حسن النية من بين الشروط الهامة المتطلبة لممارسة الحق ممارسة صحيحة في النطاق المرسوم له.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في شأن التعسف في استعمال الحق؛ يمكن القول إن التعسف يكون متحققًا، وحسن النية مفتقدا، في أي من الحالات الآتية:

١- إذا قصد بالفعل مجرد الإضرار بالغير؛ فالمدرس مثلاً يباح له تأديب الصغير من أجل تعليمه وتربيته، ولكنه قد يتجاوز هذا الهدف، ويضرب التلميذ انتقاما من أبيه، ففي هذه الحالة يكون المدرس سيء النية؛ لأن الأفعال لم تصدر منه استعمالاً لحقه في التأديب؛ وإنما كان التأديب ستارا للانتقام من الأب بضرب ولده. وكذلك الحال بالنسبة لضابط الشرطة الذي يأتي أثناء تفتيش المكان أفعالاً انتقامية عن قصد؛ كإتلاف أشياء، أو إهانة أصحاب المكان؛ فالضابط هنا لم يأتِ أفعال التفتيش في الحدود النظامية، وبقصد تحقيق أهداف التفتيش؛ وإنما لهدف انتقامي، ويكون بذلك سيء النية، وإن صدر أمر التفتيش خاليا من كل عيب.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار الناجمة عن الأفعال الصادرة عنه: فالدفاع الشرعي لا يبيح القتل – في غالبية التشريعات - إلا في حالات محددة، يتخوف أن يحدث من الاعتداء فيها الموت أو الجراح البالغة. فإذا تعرض شخص لجريمة سرقة بسيطة؛ فلا يجوز له أن يدفعها بقتل الجاني، إلا إذا أتى الجاني من الأفعال ما يهدد المجني عليه بالموت أو بإحداث جراح بالغة، فإذا خلت الحالة من مثل هذه الأفعال، وثبت أن المجني عليه كان بإمكانه دفع الاعتداء على ماله بوسيلة أخف بكثير من القتل؛ فإنه يكون متعسفًا في استعمال حقه في الإباحة، استنادا إلى أن التناسب مفتقد بين الاعتداء وفعل الدفاع.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعه: ويضرب الفقهاء دائما لهذه الحالة أمثلة بالطبيب الذي يستغل حقه في ممارسة مهنة الطب والجراحة لإجراء عملية إجهاض، ما لم تمتنع مسئوليته بسبب الضرورة، وكذلك الأب الذي يضرب ولده استغلالاً لحقه في التأديب؛ لحمله على إتيان أعمال غير مشروعة؛ كارتكاب جريمة، أو يضرب ابنته لحملها على إتيان سلوك غير مشروع[1].

=

[1]- محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٦٣.

هذه هي الحالات التي تنفي حسن النية في استعمال الحق في نطاق النظرية العامة للحق، ولا يثور شك في صواب ما عرضناه بالنسبة للقانون الجنائي[1]؛ حيث لا يتصور أن تبيح النصوص الجنائية فعلاً لا يقصد به سوى الإضرار بالغير، ولا فعلاً تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية؛ بحيث لا تتناسب مطلقًا مع الأضرار المترتبة عليه، ولا فعلاً لا يقصد به سوى تحقيق أهداف غير مشروعة. ففي هذه الحالات كلها ينتفي حسن النية، ويتعين مساءلة الفاعل جنائيا، وقد تكون هذه المساءلة عن جريمة عمدية، مع أخذ الجاني بأسباب الرأفة، كما قد تكون عن جريمة خطئية، حسبما يتضح للقاضي من ظروف وملابسات كل حالة على حدة.

ويرى البعض[2] أن ثمة حالات لا يستهدف فيها الجاني مجرد الإضرار بالغير، ولا يستهدف كذلك تحقيق مصالح غير مشروعة، ومع ذلك يبدو من غير السائغ القول بتوافر حسن النية فيها. ومثال ذلك الطبيب الذي لا يستهدف بعمله العلاج؛ وإنما إجراء تجربة علمية ليس من شأنها الإضرار بصحة من يخضع لها؛ فالمنطق القانوني يأبى أن يستفيد هذا الطبيب من الإباحة.

ولكنا نرى أن الطبيب يستفيد في هذه الحالة من الإباحة، ولا يمكن أن يقف المنطق القانوني حائلاً دون هذه الاستفادة، طالما تضمن الأمر هدف تحقيق المصلحة، والمصلحة في ذاتها يمكن أن تكون أساسا للإباحة؛ وهو ما يتفق مع روح الشرع الإسلامي. وإن القول بعدم استفادة الطبيب بالإباحة في مثل هذه الأحوال من شأنه أن يؤدي إلى إحجام الأطباء عن الأخذ بأسباب العلم، ووضع معطياته موضع التطبيق. ويدعم هذا الرأي في نظرنا توافر حسن النية، فضلاً عن أن هدف إجراء التجارب العلمية لا يتضمن مخاطرة أو تعريضا لحياة المريض لأخطار ما، وهذا ما أفصح عنه الرأي السابق، بقوله: إن التجربة العلمية "ليس من شأنها الإضرار بصحة من يخضع لها".

=

[1]- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٩٢.

[2]- محمود نجيب حسني: نفس المرجع، ص ٩٤.

المبحث الثاني

تطبيقات استعمال الحق

تمهيد:

الحقوق كثيرة ومتنوعة، ويختلف كل حق عن الآخر في مدى الأفعال التي تعد جرائم، ويبيحها استعماله. وقد جرى الفقه الجنائي على عرض أهم التطبيقات لهذه الحقوق؛ وهي ما يتعلق بحق تأديب الزوجة والصغار، وحرية ممارسة الألعاب الرياضية، وحق ممارسة مهنة الطب والجراحة. ويذكر البعض[1] أنه من الأهمية بمكان أن تُبحث مسألة أثر رضا المجني عليه في المسئولية في هذا الصدد؛ لأن بعض الشراح فيما مضى – والقضاء أحيانًا - كان يريد أن يؤسس الإباحة في حالتي ممارسة الألعاب الرياضية، وممارسة مهنة الطب والجراحة على رضا المجني عليه. ويضيف البعض إلى هذه الحالات حالة من نطاق الفقه الجنائي الإسلامي؛ هي حالة "إهدار الأشخاص"؛ أي حالة إباحة دم بعض الأشخاص؛ حيث لا يعد قتلهم جريمة قتل عمدية يقادون بها، ويكون فعل القاتل استعمالاً لحق[2].

وبناء على ما تقدم نتناول فيما يلي أثر رضا المجني عليه، فحق التأديب، فحرية ممارسة الألعاب الرياضية، فحق ممارسة مهنة الطب والجراحة، ثم حالة "إهدار الأشخاص"؛ وذلك في خمسة مطالب على التوالي[3].

=

1- علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٠٥.

2- عودة: جـ١، ص ٥٣٤. والمهدرون هم: الحربي، والمرتد، والزاني المحصن، والمحارب، والباغي، ومن عليه القصاص، والسارق بالنسبة ليده.

3- تضيف بعض التشريعات العربية تطبيقًا آخر لاستعمال الحق؛ حيث تتفق غالبيتها في اعترافها بإباحة الطعن في أعمال الموظف العام ومن في حكمه، وحرصها على وضع نصوص تقرر صراحة هذه الإباحة، وتحدد شروطها، وهذه الشروط في الغالب هي:

١- أن يكون القذف مسندا إلى أحد الأشخاص العموميين أو من في حكمهم.

٢- أن تكون الأمور المسندة إليه متعلقة بأداء عمله المصلحي، لا بحياته الخاصة.

٣- حسن نية القاذف، ولو لم تكن الوقائع المسندة إلى الموظف صحيحة في الواقع.

٤- أن يتولى القاذف إثبات الأمور التي أسندها إلى الموظف العام.

وعلة الإباحة هنا تكمن في أن مصلحة المجتمع تتطلب الكشف عن الوقائع ذات الأهمية الاجتماعية، والتي تقع من الموظفين العموميين.

المطلب الأول

أثر رضا المجني عليه

تمهيد:

الفرض هنا أن يقدِم شخص على جريمة، بناء على طلب المجني عليه أو إذنه، ثم يلتمس البراءة تأسيسا على خلو فعله من صفة العدوان، أو باعتبار رضا المجني عليه أساسا للإباحة؛ فهل يجوز ذلك؟ وهل يملك المرء التنازل والإذن للغير بإتيان أفعال على نفسه، تعد من قبيل الجرائم؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتصل بمدى حقوق المرء على نفسه؛ فالبعض[1] يرى أنه مما لا شك فيه أن الفرد يملك على نفسه أو شخصه بعض الحقوق، فكما أن من حقه طلب الحياة؛ فإن له كذلك أن يطلب الموت، وعلى هذا الأساس لا جريمة في الانتحار[2]؛ أي لا عقاب على من يشرع فيه أو يساهم فيه بعمل من أعمال الاشتراك (الاتفاق أو التحريض أو المساعدة). وكما أن من حق الفرد أن يطلب السلامة لبدنه وأعضاء جسمه؛ فإن له كذلك أن يحدث جروحا أو بترا لبعض هذه الأعضاء إذا تراءى له ذلك، وإن كان الصالح العام أحيانًا يقتضي حرمان الأشخاص من بعض هذه الحقوق بنص تشريعي، كما هي الحال في بعض قوانين الخدمة العسكرية التي تعاقب كل من يتلف أحد أعضائه بقصد أن يجعل نفسه غير لائق للخدمة العسكرية؛ تخلصا من ذلك

انظر المواد: ٢/٣٠٢ عقوبات مصري، ٢/٢٥٢ عقوبات عراقي، ٤٤٠ عقوبات ليبي، ٣٨٧ عقوبات لبناني، ٣٧٧ عقوبات سوري، ١٨٤ عقوبات أردني، ٤٣٦ عقوبات سوداني (نقلاً عن المادة ٤٩٩ عقوبات هندي).

(محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٧٦ وما بعدها؛ محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٣٥ وما بعدها.)

كما يضيف بعض الشراح إلى تطبيقات استعمال الحق تطبيقًا يتعلق بإباحة القذف أو السب أو الطعن في النزاهة أو الذمة، أو غير ذلك في أحوال خاصة. من ذلك القذف في حق ذوي الصفة العمومية (مادة ١/٣٠٢ عقوبات مصري مثلاً)، والقذف في حق الخصم في استعمال حق الدفاع، وغير ذلك من الأحوال.

ويرى البعض أن دراسة هذا الموضوع بالتفصيل محلها القسم الخاص من قانون العقوبات (انظر في تفصيل ذلك: محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٧٦ وما بعدها).

[1] - علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٠٦.

[2] - في القانون المصري وبعض القوانين العربية.

الواجب الذي تفرضه مصلحة الجماعة، كما تعاقب على محاولة الانتحار بين العسكريين.

بيد أنه على الرغم مما سبق؛ فإن حقوق المرء على نفسه ليست - كسائر الحقوق - مما يجوز له التصرف فيها بطريقة التنازل أو غيره من أوجه التصرف؛ لأنها بطبيعتها حقوق موقوفة على صاحبها، لا يجوز له التصرف فيها للغير.

وينبني على ذلك أن المبدأ المسلم به فقها وقضاء أن رضى المجني عليه لا أثر له؛ لأنه لا يملك النزول عن حقوقه للغير[1].

وإذا كانت النتيجة التي ينتهي إليها الرأي السابق تتفق مع الأصل في الشريعة الإسلامية؛ وهو أن رضا المجني عليه بالجريمة لا أثر له، إلا أنه في الفقه الإسلامي تفاصيل تختلف في جوانب عديدة مع ما سبق؛ حيث لا تقر الشريعة الانتحار، لقوله الرسول ﷺ: ﴿كان فيمن قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكينًا فحز بها يده، فما رقأ الدم حتى مات.. قال الله تعالى: "بادرني عبدي بنفسه، حرمت عليه الجنة"﴾[2]؛ فالنفس ليست ملكًا للعبد، بل هي ملك الله تعالى.

الفقه الإسلامي ورضا المجني عليه[3]:

الأصل في الشريعة الإسلامية – والقوانين الوضعية كذلك - أن رضا المجني عليه بالجريمة أو إذنه بها لا يبيح اقترافها، ولا يؤثر في المسئولية عنها، إلا إذا ترتب عليه هدم عنصر من عناصر الجريمة؛ كالسرقة حيث يسقط معنى السرقة حين يسقط معنى الغصب، وجرائم أخرى مثل انتهاك حرمة المسكن، والنصب، وخيانة الأمانة.. ففي مثل هذه الجرائم يترتب على رضا المجني عليه أو إذنه بالجريمة؛ زوال معنى الجريمة.

ولكن ما للمجني عليه شرعا من حق في العفو عن الجاني في مقابل الدية أو بدونها؛ أثار الخلاف بين الفقهاء بشأن أثر رضا المجني عليه بالقتل، وبشأن أثر رضاه أو إذنه للغير بإحداث جرح أو قطع به.

وفيما يلي موجز هذا الخلاف:

الرضا بالقتل: للفقهاء بشأنه آراء متباينة نردها إلى ثلاثة آراء:

=

1- انظر: .Merle et Vitu: op. cit., P. 32 et suiv

2- رواه البخاري.

3- عودة: جـ١، ص ٤٣٨ وما بعدها؛ أبو زهرة: جـ١، ص ٥٥٥ وما بعدها؛ الجنزوري: الأسس العامة، ص ٦٨٧ وما بعدها.

الرأي الأول: "يسقط القصاص وتُدفع الدية":

وهو رأي أبي حنيفة وبعض أصحابه، وبعض المالكية، وبعض الشافعية.

وهم يرون أن الرضا بالقتل أو الإذن به لا يبيح الفعل، ولكنه يسقط القصاص عن القاتل، ويتعين عليه دفع الدية، وقد يعفو عن الدية بعد ذلك أولياء الدم. وأساس هذا الرأي أن عصمة النفس لا تزول إلا بسبب من الأسباب التي نص عليها الشرع، وليس من بينها الرضا أو الإذن من جانب المجني عليه. وفضلاً عن ذلك فإن الجرائم ذات العقوبات المقدرة يتعين للحكم بالعقاب فيها الجزم واليقين، وهما أمران مفتقدان في حالة الرضا أو الإذن بالجريمة؛ لانطواء الحالة على شبهة، والقاعدة أن الحدود تُدرأ بالشبهات.

*** الرأي الثاني: "يسقط القصاص وتَسقط الدية".**

وهو رأي أحمد وأصحابه وبعض الشافعية. وهم يرون أن الرضا أو الإذن بالقتل يترتب عليه سقوط القصاص، وسقوط الدية؛ لأن الإذن بالقتل يساوي العفو عن القصاص[1]، والعفو من حق المجني عليه.

*** الرأي الثالث: "لا أثر للرضا على القصاص أو الدية":**

وهو رأي مالك والمشهور عنه، ورأي زفر؛ وأحد الأقوال في مذهب الشافعي: وهم يرون أن الرضا أو الإذن بالقتل لا أثر لهما على استحقاق الجاني العقاب، ولا يترتب على أي منهما درء القصاص، ولا محل للقول بانطواء الحالة على أي شبهة؛ ولذا يتعين أن يكون القصاص هو العقوبة.

مما سبق يمكن القول بأن مقتضى الرأي الأول أن للرضا أو الإذن أثرهما على المسئولية الجنائية؛ حيث منع القصاص دون الدية، وبأن مقتضى الرأي الثاني أن للرضا أو للإذن أثرهما في القصاص وفي الدية معا، وهما يقابلان المسئوليتين الجنائية والمدنية، وفي ذلك معنى الإباحة، على الرغم من تصريح بعض الشافعية، الذين انضموا إلى هذا الرأي؛ بأن الرضا أو الإذن يسقطان القصاص والدية، ولا يبيحان الفعل[2]. أما الرأي الثالث؛ فمقتضاه القول بأنه لا أثر على الإطلاق للرضا أو الإذن على الجريمة، أو المسئولية عنها؛ وهو ما يوافق الأصل الذي أشرنا إليه.

=

[1] - البهوتي: كشاف القناع، ج ١، ص ٥٤٢.

[2] - عودة: جـ١، ص ٤٤٢.

وعندنا أن الرضا بالقتل أو الإذن به لا أثر لهما على الفعل المجـرم، ولا علـى مسئولية الجاني؛ لأن الإنسان لا يملك حق التصرف في نفسه بالانتحـار، أو فـي أحـد أعضائه، ودليل ذلك الحديث القدسي المشار إليه قبل قليل، فـإذا كـان لا يملـك حـق التصرف بنفسه في نفسه، أو في أحد أعضائه؛ فإنه لا يملك بالتالي أن يأذن للغير بقتلـه؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه. وبناء على ذلك فإن الغير إذا أقدم على القتل في هذه الحالة لا يسوغ له أن يحتج بإذن المجني عليه لإباحة فعله، وطلب البراءة؛ لأن الفعل يظل مجرما، والجاني يظل مستحقا للعقاب. ولكن نظرا لما تنطوي عليه الحالـة مـن شـبهة لافتقـاد العدوان تبعا لإذن المجني عليه؛ فإننا نميل إلى ترجيح رأي الحنفيـة ("الـرأي الأول")، ويسقط القصاص عن الجاني للشبهة، مع إلزامه بدفع الدية، وجواز معاقبته تعزيريـا إذا رأى ولي الأمر ذلك.

الرضا بالجرح أو القطع:

أما عن آراء الفقهاء في رضا المجني عليه أو إذنـه بجرحـه، أو بقطـع أحـد أطرافه؛ فيمكن القول بأن هناك شبه إجماع إذا أدى إلى الوفاة ففي هذه الحالة فإنـه يعـد قتلاً عمدا؛ لأن الإذن كان بالجرح أو القطع لا بالقتل. ولكن لما كان الإذن يعتبر شـبهة تَدرأ القصاص؛ فيتعين أن يكون الجزاء الدية فقط.

وهناك رأي آخر **لأبي يوسف ومحمد:** ومقتضى رأيهما أنه إذا أدى الجـرح أو القطع إلى الوفاة؛ فلا شيء على الجاني إلا التعزير؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع هـو عفو عما تولد منه وهو الوفاة.

* رأي مالك:

إن الرضا أو الإذن بالجرح أو القطع لا أثر لهما على الإطلاق، إذا ترتب عليهما وفاة المجني عليه؛ حيث يعتبر الفاعل قاتلاً عمدا، وتوقع عليه عقوبة القتل العمد.

* رأي الشافعية:

في مذهب الشافعي رأيان:

أولهما: أنه إذا أدى الجرح أو القطع إلى وفاة المجني عليه؛ فالفاعل يسأل عن جريمة قتل عمد، ولا أثر لرضا المجني عليه أو إذنه بالجرح أو القطع، ولكن يدرأ القصاص بالشبهة التي تنطوي عليها الحال؛ نتيجة الإذن أو الرضا، وتجب الدية فقط.

ثانيهما: لا عقاب على الإطلاق في هذه الحالة؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون به، والإذن يسقط العقوبة.

*** رأي أحمد:**

إنه يترتب على رضا المجني عليه أو إذنه في هذه الحالة امتناع العقوبة، ولو أدى الجرح أو القطع إلى الوفاة؛ لأن الإذن بالجرح أو القطع كالإذن بالقتل من حيث الأثر؛ مسقط للعقوبة، وقد أسقطها بإذنه، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل.

فيلاحظ مما تقدم أن نظرة الفقهاء إلى الإذن أو الرضا في القتل تتغير عنها في الجرح أو القطع، ولو أديا إلى الموت، وأساس تغير النظرة هو "في حالة الجرح أو القطع"؛ بقاء المجني عليه حيا ليأذن باستمرار العفو الذي هو من حقه، وفي حالة ما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت؛ فإن الإذن أو الرضا الذي هو من حق المجني عليه في حالة الجرح أو القطع يمتد أثره إلى الموت الناشئ عنه؛ لأن الموت مبني على فعل مأذونه به.

* والرأي عندنا أنه إذا ترتب على الجرح أو القطع المأذون به موت؛ فإن الجاني يسأل عن جريمة "قتل شبه عمد".

وأساس ذلك – في نظرنا - الآتي:

١- إن إرادة الفعل قد انصرفت إلى إحداث الجرح أو القطع فقط، ولم تنصرف إلى القتل.

٢- إنه لا يمكن التسليم بأن الموت في هذه الحالة قد تولد عن فعل مأذون به، والإذن يسقط العقوبة، كما ذهب إلى ذلك بعض الشافعية، والحنابلة؛ لأن الإذن – على فرض التسليم بصحته وبأثره في الجرح والقطع - لم ينصرف إلى إحداث القتل وإزهاق الروح، كما أن الحق في العفو لا يمكن استعماله قبل وقوع الجريمة.

٣- إن شبهة العمد في القتل معترف بها من أبي حنيفة والشافعي وأحمد[1]؛ استنادا إلى حديث رسول ا ﷺ: "ألا إن في قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل"[2]. وقد سمي شبه العمد بخطأ العمد؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل الأصلي بنتيجته، ولا يشبهه من حيث انعدام قصد إحداث النتيجة التي انتهى إليها. ومعناه يتفق مع ما يترتب على الجرح أو القطع المأذون به من موت.

=

1- ابن قدامه: المغني، جـ١، ص ٥٧١؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٥، ص ٥٠٥.

2- رواه أبو داود.

موقف التشريعات الجنائية العربية من رضا المجني عليه[1]:

لم تنجح محاولات عديدة لإيجاد صياغة تشريعية جيدة، لنص تـشريعي خـاص برضا المجني عليه كسبب للإباحة؛ حيث تضمنت النصوص الموضوعة بعض الغموض أو عدم التحديد.

ومن النصوص العربية التي وضعت في هذا الشأن قانون العقوبات الـسوداني؛ حيث نص[2] على أن: "لا يعتبر الفعل جريمة بسبب الضرر الذي أحدثه لشخص أو لمال أي شخص عمره أكثر من ثماني عشرة سنة، ورضي مختارا عالما بذلك الفعل صـراحة أو دلالة". على أن هذه المادة لا تتناول الأفعال التي يحتمل أن يتسبب عنها موت أو أذى جسيم، ولا الأفعال التي تكون جرائم، بقطع النظر عن أي ضرر يمكن إحداثه للـشخص الذي رضي بها أو لماله". وقانون الجزاء الكويتي نص[3] على ذلك بنص مماثل، منقـول عن القانون السوداني، مع إضافة استثناء ثالث يقول: "أو نص القانون على ألا يعتد بهـذا الرضا". وقانون العقوبات اللبناني نص[4] على أن: "الفعل الذي يعاقب عليـه لتعرضـه لإرادة الغير.. لا يعد جريمة إذا اقتُرف برضى منه، سابق لوقوعه أو ملازم له".

ومن هذه النصوص يتضح أن القانون السوداني وإن نص على الرضـا كـسبب للإباحة، تأثرا بالقانون الهندي؛ إلا أنه حاول التحفظ بإيراده الاستثناءات، ومثله القـانون الكويتي الذي توسع عنه في الاستثناءات، أما القانون اللبناني فقد أطلق أثر رضا المجني عليه ليمتد إلى إباحة أي جريمة تقع على النفس أو المال، دون التقيد بالاستثناءات الواردة في القانونين السوداني والكويتي[5].

=

[1] - محمود مصطفى: الأصول، ص ٤٣.

[2] - في المادة ٥١، وهي منقولة عن المادة ٩١ من قانون العقوبات الهندي.

[3] - في المادة ٣٩.

[4] - في المادة ١٨٧.

[5] - ومثلهما قانون العقوبات الإيطالي، الذي يغلب على الظن أنه اقتبس نص المادة ٥٠ المتعلـق بـأثر رضا المجني عليه عن نص المادة ٩١ هندي. وقد ورد في نص المادة ٥٠ إيطالي أنه "لا عقاب علـى من يعتدي على حق الغير أو يجعله في خطر، إذا حصل ذلك برضا صاحب الحق، وكان مـن الجـائز التصرف فيه". ويفرق الفقه الإيطالي بين الحق الجائز التصرف فيه وغيره اعتمادا على ضـابط معـين مقتضاه التفرقة بين "الحماية الشخصية والحماية الموضوعية للحق"؛ حيث يجوز للإنسان أن يتـصرف في الحق إذا كانت حمايته من النوع الأول؛ كحق الإنسان في إتلاف ماله أو قتل حيوانه، فيجوز لـه أن يفعل ذلك بنفسه أو أن يأذن للغير بأن يفعله. بيد أن هذا الضابط يتعارض بدوره مع المبدأ الذي يقرر أن العقاب على الجريمة يتم لما تحدثه من ضرر أو خطر عام دون النظر إلى الضرر الخاص؛ حيث يتكفل

أثر رضا المجني عليه على الإجراءات الجنائية:

إذا كان الأصل في المجال الإجرائي أنه لا تأثير لرضا المجني عليه على مباشرة الإجراءات الجنائية؛ لأنها مقررة لمصلحة المجتمع؛ فإنه استثناء من هذا الأصـل تقـرر بعض التشريعات حقا للمجني عليه في تحريك الدعوى، وفي إيقافها في أي حالة تكـون عليها، وفي إيقاف تنفيذ الحكم الصادر فيها. وأساس هذا الاستثناء أن الحالات التي تندرج تحته يكون المجني عليه فيها أقدر من السلطات المختصة على تقدير المصلحة، وتحديـد مدى ملاءمة اتخاذ الإجراءات الجنائية أو عدم اتخاذها[1].

أما عن الجرائم التي تندرج تحت هذا الاستثناء؛ فيختلف تحديد نطاقها من تشريع إلى آخر. ونأخذ أمثلة لها من القانونين المصري والليبي. ففي القانون المصري[2] نـص يقرر عدم جواز رفع "الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنـي عليه، أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي فـي الجرائم المنصوص عليها فـي المـواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٢، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من قانون العقوبات".

ويمكن إيضاح نطاق الجرائم التي لا تحرك إلا بناء على شكوى من المجني عليه على **النحو التالي**[3]:

١- جرائم الاعتداء على الأسرة[٤]، وتشمل:

أ- جريمة زنى الزوجة، وجريمة زنى الزوج[5].

به القانون المدني بتعويض المجني عليه، فضلاً عن أن الضابط المشار إليه يـشوبه الغمـوض وعـدم التحديد، وهما أمران غير مسموح بهما في المجال الجنائي. (محمود مصطفى: الأصول، ص ٤٤).

[1] - محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص ٢٦١.

[2] - المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية.

[3] - حسنين إبراهيم عبيد: شكوى المجني عليه، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٩١ وما بعدها.

[4] - نفس المرجع والموضع.

[5] - المواد: ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٩٢ عقوبات مصري على التوالي.

وتتشدد الشريعة الإسلامية إلى أبعد مدى في شأن تحريك دعوى الزنى وإثبات الجريمة، ويعاقب المبلـغ أو الشاهد إذا لم يتمكن من إقامة البينة بأربعة شهداء؛ حيث توقع عليه العقوبة المقررة لحد القـذف، وإن كان المبلغ هو الزوج ولم يكن لديه شهداء فلا يعاقب، وإنما يطبق حكم اللعان. وقد فصلنا ذلك فيما سبق عند الكلام على سريان النصوص الجنائية في الزمان. أما عن حكم القـانون المـصري (المـادة ٢٧٤ عقوبات) الذي يقرر للزوج حق وقف تنفيذ العقوبة على الزوجة التي يثبت زناها قضائيا؛ فإنه يلاحظ أن هذا الحكم لا يتفق مع الشريعة الإسلامية في شيء؛ حيث لا عفو ولا شفاعة في حد من حدود ا ، كمـا ورد في الأثر النبوي الشريف، ونذكر هنا بما سبق أن أوردناه في هذا الخصوص فـي شـأن المـرأة

ب – جريمة الامتناع عن تسليم الصغير إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء.

جـ - جريمة الامتناع عن دفع النفقة الصادر بها حكم قضائي واجب التنفيذ.

٢- جرائم الاعتداء على الحياء العِرضي: وقد اقتصر القانون المصري في شأنها على جريمة الفعل المخل بالحياء مع امرأة ولو غير علانية.

٣- جرائم الاعتداء على الشرف أو الاعتبار: ويدخل فيها جرائم القذف والسب[1]، وخاصة ما يقع منها بطريق النشر، والجرائم التي تنطوي على طعن في الأعراض أو خدش لسمعة العائلات[2]، وجرائم الموظف العام أو من في حكمه[3].

٤- جرائم الاعتداء على الأموال: وقد اقتصر القانون المصري في شأنها على جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج[4].

أما في القانون الليبي[5]؛ فقد تضمن قانون الإجراءات الجنائية نصا مماثلاً؛ حيث علق رفع الدعوى الجنائية على شكوى من المجني عليه في **الجرائم الآتية**:

١- جريمة الإيذاء البسيط.

٢- جريمة زنى الزوجة.

٣- جريمة زنى الزوج.

٤- جريمة السب وجريمة القذف.

المخزومية، بقوله ﷺ: ﴿إذا بلغت الحدود السلطان، فلعن الله الشافع والمشفع﴾. وفي الموطأ: ﴿إذا بلغت الحدود السلطان، فلعن الله الشافع والمشفوع له﴾.

1- المادتان: ٣٠٣، و٣٠٦ عقوبات مصري.

2- المادة ٣٠٨ عقوبات مصري.

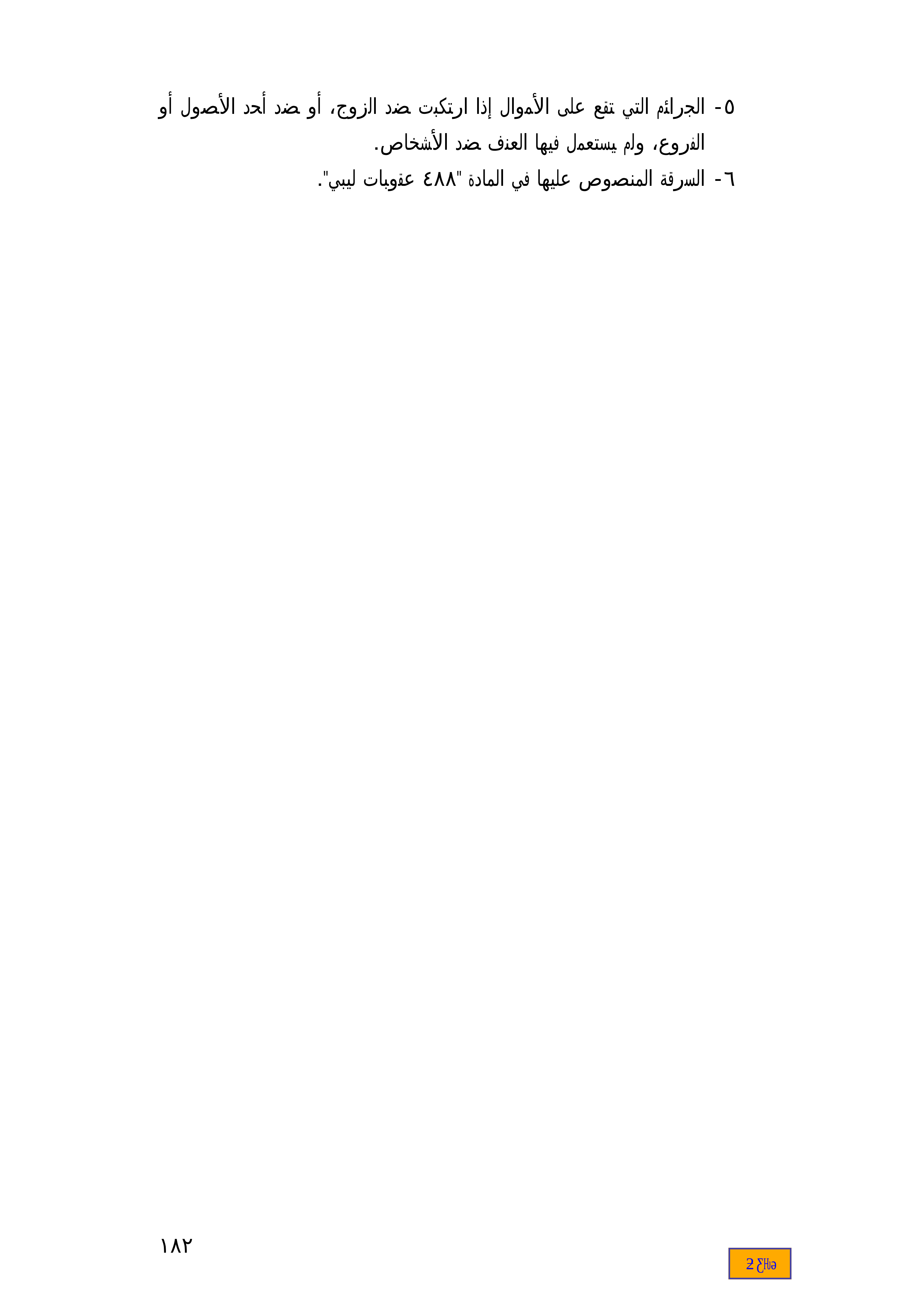
3- المادة ١٨٥ عقوبات مصري.

4- المادة ٣١٢ عقوبات مصري. وهي معدلة بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٥ يونيو سنة ١٩٤٧، والمنشور في الوقائع المصرية في ١٩ يونيو ١٩٤٧، العدد ٥٤.

5- النبراوي: مرجع سابق، ص ٤٣٨.

ونتحفظ هنا بشأن الأحكام الواردة بخصوص حق الزوج في وقف تنفيذ العقوبة الصادرة على الزوج الآخر الذي يثبت زناه؛ حيث لا يتفق كذلك مع ما هو مقرر في الشرع الإسلامي كما أوضحنا:

- المادة ٣/٣٧٩ عقوبات ليبي.
- المادة ٣٩٩ عقوبات ليبي.
- المادة ٤٠٠ عقوبات ليبي.
- المادتان ٤٣٨، و٤٣٩ عقوبات ليبي.
- المادة ٤٦٦ عقوبات.



٥- الجرائم التي تقع على الأموال إذا ارتكبت ضد الزوج، أو ضد أحد الأصول أو الفروع، ولم يستعمل فيها العنف ضد الأشخاص.

٦- السرقة المنصوص عليها في المادة "٤٨٨ عقوبات ليبي".

المطلب الثاني

حق التأديب

تمهيد:

من تطبيقات الإباحة في مجال استعمال الحق؛ تأديب الزوج زوجتـه، وتأديـب الصغار.

تأديب الزوجات:

أما عن تأديب الزوج زوجته؛ فقد أشرنا فيما تقدم إلى أساسه الوارد فـي قولـه تعالى: ﴿**واللاتِي تَخَافُون نُشُوزهن فَعِظُوهن واهجروهن فِي الْمضاجِع واضربوهن فَـإِن أَطَعنَكُم فَلا تَبغُوا عليهن سبِيلاً**﴾[1]، وإلى خلاف الفقهاء حول فهـم معنـى هـذه الآيـة الكريمة؛ فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن الضرب لا يكون على أول معصية، وإنما يكون في المرة الثالثة؛ لأن "الواو" الواردة في الآية تفيد الترتيب. ويتفق هذا الرأي مع الـرأي المرجوح في مذهب الشافعي وأحمد. أما الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد فهو – كمـا أشرنا – أن للزوج حق تأديب زوجته بالضرب ولو لأول معصية؛ لأن "الواو" في الآيـة للجمع المطلق وليس للترتيب[2].

وأهمية التفرقة بين الرأيين تبدو في الآثار المترتبة عليهما؛ فوفقًـا للـرأي الأول يتصور أن يعاقب الزوج على جريمة ضرب، إذا رفعت الزوجة أمره إلى القاضي، وأنه لم يسبق له أن وعظها في معصية أولى، أو هجرها في معصية ثانية، ولا سبيل إلى تثبت القاضي من ذلك – في الواقع - إلا إقرار الزوج. أما وفقًا للرأي الثاني فلا يعاقب الزوج على ضربه زوجته لأول معصية، ولو أقر بذلك.

والراجح في نظرنا الرأي الأول (رأي مالك وأبي حنيفة)؛ لأن الترتيب الوارد في الآية ينطوي على معنى التدرج في العقاب التأديبي؛ وهو المعنى المقصود فـي مختلـف النظم العقابية والتأديبية؛ حيث يجب توقيع العقوبة الأخف لاقتراف الـذنب لأول مـرة، والتدرج في التشديد شيئًا فشيئًا مع تكرار الذنب. وفضلا عن ذلك فقد أوضحنا أن الأخـذ بالرأي الثاني من شأنه أن يشجع بعض الأزواج الذين لا يحفظون للزوجة مكانتها علـى

=

1- سورة النساء، آية ٣٤.

2- عودة: جـ١، ص ٥١٤، ابن قدامه: المغني، جـ٨؛ ص ١٦٢؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٥، ص ٢٠٩.

إساءة معاملتها، وضربها لأتفه الأسباب، ظنًا منهم أن في ذلك إرهابا لها، وإخضاعا تاما لسلطانهم. ومن المعلوم أن الآية لم تجعل للزوج حق التأديب على النحو الوارد في الآية، إلا إذا خاف الزوج نشوز زوجته، حين تأتي بعض الأفعال التي توحي له بـذلك، فـإذا أطاعته الزوجة واستجابت لوعظه وإرشاده لها؛ فلا يسوغ له أن يـضربها بعـد ذلـك. ويخرج بذلك عن نطاق التأديب ما قد يفعله بعض الأزواج في بداية عهده بالزواج مـن ضرب زوجاتهن لأتفه الأسباب، وبلا مبرر، ومن أجل أن تهابهم الزوجات، ومن أجل أن يتعالون عليهن. ولذلك قال ا عز وجل في ذات الآية: ﴿**إن ا كان عليا كبيرا**﴾، ليتذكر من يقصد التعالي على زوجته بإرهابها ضربا أن ا جل وعلا أعلى وأكبر.

وللتأديب بالضرب المبرح حدوده الشرعية التي لا يجوز تجاوزهـا؛ فيجـب أن يكون الضرب غير مبرح، وهو الضرب الخفيف غير المـؤلم، والبعيـد عـن الوجـه أو البطن أو الأماكن التي يتخوف أن يحدث منها أذى للزوجة. ويتعين أن يكون التأديـب بالقدر اللازم والضروري فقط. وعلى أي حال، فيجب على الزوج ألا يسمح بأي حال أن يصل الأمر بينه وبين زوجته إلى حد الضرب، حتى لا يتأثر استقرار الحيـاة الزوجيـة التي أساسها الوئام والاحترام المتبادل بين الزوجين.

ولكن ما حكم الضرب إذا ما أدى إلى وفاة الزوجة، أو إصابتها بجرح أو بعاهة؟ اختلاف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، ونوجز خلافهم في الآتي[1]:

رأي أبي حنيفة والشافعي: "يسأل الزوج":

يذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الزوج يضمن تلف زوجته الناتج عن الضرب، سواء أكان الضرب مما يعتبر تأديبا أم كان أشد من ذلك. وحجة أبي حنيفة في ذلـك أن الأصل في التأديب أن يبقى المؤدب بعده حيا، فإذا أدى إلى قتل أو جرح أو قطع فإنه يعد جرما لا تأديبا. أما الشافعي فحجته أن الضرب تأديبا للزوجة ليس واجبا علـى الـزوج؛ بل هو حق له ومتروك لاجتهاده، فإن أدى إلى أذى بالغ بالزوجة فعليه أن يتحمل نتيجـة اجتهاده. ويذهب بعض الحنفية والشافعية إلى أن التأديب حق للزوج له أن يستعمله ولـه ألا يستعمله، وإن استعمله فهو مقيد بشرط السلامة.

=

[1]- ابن قدامة: المغني، جـ٨، ص ١٦٢؛ عودة: جـ١، ص ٥١٧. وقد بحث الفقهاء هذه المسألة تحت عنوان "حكم السراية"، والسراية هنا معناها تفاقم الأذى.

رأي مالك وأحمد: "لا يسأل الزوج إذا كان الضرب مما يعتبر مثله أدبا":

فالزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت بأن أصيبت بأذى بالغ من التأديب، ما دام الزوج قد ضربها بقصد التأديب، وما دام الضرب مما يعتبر مثله أدبا، أما إذا كان ضربا شديدا مبرحا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة؛ ففيه الضمان[1].

ونحن نميل إلى ترجيح رأي أبي حنيفة والشافعي؛ حيث أمر رسول ﷺ أن يكون ضرب الزوجات تأديبا ضربا غير مبرح، وهو الضرب غير الشديد الذي لا يترتب عليه بأي حال أي تلف للزوجة؛ ككسر أو جرح أو إحداث عاهة. ولذا فإن الضرب الذي يؤدي إلى هذه الآثار الضارة هو في نظرنا عدوان يخرج عن نطاق التأديب الشرعي المقصود، والذي يتعين أن يكون في أبسط صورة، وبالقدر اللازم والضروري حفاظًا على استقرار الأسرة.

تأديب الصغار:

وأما عن تأديب الصغار؛ فانه يكون لولي الأمر أو للقائم على تربية الصغير، أو للمتولي تعليمه وتهذيبه؛ فهو للأب بحسب الأصل، وللمدرس، ولمعلم المهنة أو الحرفة، وللأم في حالة غياب الأب، أو إذا كانت وصية على الصغير، أو كانت تكفله.

ويشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجات، من حيث كون الضرب غير مبرح، وبالقدر اللازم فقط، وعن ذنب وقع بالفعل، وأن يكون الضرب غير المبرح على الأماكن غير المخوفة؛ كالبطن والوجه والأذن.. إلخ.

أما عن حكم السراية[2]؛ وهي حالة ما إذا نتج عن الضرب تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه، أو جرحه أو إحداث عاهة مستديمة له؛ فقد اختلف الفقهاء كذلك بشأنه، ونوجز هذا الخلاف كما يأتي:

رأي أبي حنيفة: "التفرقة بين تأديب الأب أو الجد أو الوصي وبين تأديب المدرس أو المعلم":

إن الأب والجد والوصي يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه، كما يضمن الزوج زوجته؛ لأن الأصل في التأديب كما أوضحنا أن يبقى المؤدب بعده حيا.

=

[1]- ابن قدامة: المغني، جـ٨، ص ١٦٢؛ عودة، جـ١، ص ٥١٧؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٥، ص ٢١٠.

[2]- ابن قدامة: المغني، جـ٨، ص ١٦٢؛ عودة: جـ١، ص ٥١٨؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٥، ص ٢١٠.

بيد أن الرأي المعمول به في المذهب الحنفي هو رأي أبي يوسف ومحمد، وهمـا يريان أنه لا مسئولية عما يتولد عن ضرب الأب أو الجد أو الوصـي الـصغير بقـصد التأديب؛ لأنهم مأذونون في إتيان أفعال التأديب، ولا مسئولية عما يتولد عن أفعال مأذون بها. أما إذا كان فعل التأديب قد وقع من المدرس أو معلم الحرفة؛ فيفـرق أبـو حنيفـة وأصحابه بين ما إذا كان فعل التأديب مأذون به من الأب أو الجد أو الوصي أم لا، فـإن كان بإذن فلا مسئولية على المدرس أو المعلم، لأنهما يلزمهما الضمان بالسراية؛ أي عند تلف الصغير أو أحد أعضائه، فسيمتنعان عن تعليمه، فلا مسئولية للضرورة.

رأي مالك وأحمد: "يسأل مؤدب الصغير عن التلف":

فالتأديب ليس واجبا على مؤدب الصغير؛ بل هو حق له، له أن يستعمله ولـه أن يتركه، وإن استعمله فإن هذا الاستعمال متروك لاجتهاده، وعليه أن يتحمل نتيجة اجتهاده.

ويتضح هنا أن رأي مالك وأحمد ورأي الشافعي في تأديب الصغير وما ينتج عنه من أذى؛ يطابق رأيهم في تأديب الزوجة.

ونحن نميل إلى ترجيح رأي الشافعي؛ حيث يعتبر التأديب استعمالاً لحـق لا أداء لواجب، والاستعمال مقيد بالسلامة؛ حيث لا يتصور أن يؤدي التأديب المباح إلى إيـذاء الصغير إيذاء بالغًا، أو جرحه بإحداث عاهة له، فإذا خرج عن حدود التأديب فإننا نكـون أمام أحد أمرين؛ أولهما أن يعد الأمر تجاوزا لحدود التأديب بحسن نيـة، وهنـا يـسأل المؤدب عن تجاوزه، في النطاق الذي أوضحناه فيما سبق، أو أن يكون الخـروج عـن حدود التأديب انتقاما، فيسأل المؤدب عن جريمة عمدية لانطواء فعله على سـوء النيـة وعلى العدوان، ومثال الحالة الأخيرة أن يضرب المدرس أو المعلم الصغير المعهود إليه بتعليمه وتأديبه من قبل الأب أو الجد، أو الوصي ضربا شديدا مبرحا، يؤدي إلى قتله أو إحداث جرح أو عاهة به، انتقاما من الأب أو الجد أو الوصي، وهنا يـسأل المـدرس أو المعلم – في نظرنا - عن جريمة قتل شبه عمد[1]، إذا تلف الصغير.

ويجوز أن يأذن ولي القاصر أو وصيه للغير بمراقبته وتأديبه؛ كما هـي الحـال بالنسبة لتأديب المخدوم خادمه. ويرى البعض[2] أن العرف هو أساس الإباحة في حالـة تأديب المخدوم خادمه، وفي هذه الحالة لا يحتاج الأمر لإذن الولي أو الوصي بالتأديـب.

=

[1]- وشبه العمد – كما أشرنا - معترف به في القتل من أبي حنيفة والشافعي وأحمد (ابن قدامة: المغني، ص ٥٧١؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٥، ص ٥٠٥)، وأساسه حديث رسول ا ﷺ: ﴿ألا إن في قتيـل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل﴾. (رواه أبو داود)

[2]- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١١٠.

أما البعض الآخر[1] فيرى أن التأديب قرين الرقابة على الصغير، فإذا انتقلت الرقابة عليه من وليه أو وصيه إلى شخص آخر؛ انتقل معها حق التأديب؛ لأن الالتزام بالرقابة يقابلـه حق التأديب.

=

1- محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٦٦.

المطلب الثالث

ممارسة الألعاب الرياضية

تمهيد:

من تطبيقات استعمال الحق كسبب للإباحة؛ ممارسة الألعاب الرياضية، بما قـد تنطوي عليه أحيانًا من أفعال عنيفة. وتبيح التشريعات الجنائيـة عامـة ممارسـة هـذه الألعاب، لما فيها من منافع للأفراد وللدول بوجه عام. وقد أقرت الـشرعية الإسـلامية ألعاب الفروسية بمعناها الواسع، وهي جميع الألعاب التي تؤدي إلى التفوق فـي القـوة والمهارة؛ مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب. ومن هـذه الألعـاب الرمايـة والسباحة وركوب الخيل، والعدو، وكرة القدم، والمصارعة والملاكمة، ورفـع الأثقـال، وقذف الرماح، وما إلى ذلك من ألعاب مفيدة من الوجهات الصحية والخلقيـة والحربيـة والاجتماعية[1].

أساس الإباحة:

وتباح أفعال العنف التي تتضمنها بعض هذه الألعاب بحكم طبيعتها. ولكن ما هو أساس هذه الإباحة؟

عرفنا في المطلب الأول من هذا المبحث أن بعض الشراح وبعض المحاكم قـد أسست قديما إباحة ممارسة الألعاب الرياضية – بما تتضمنه من عنف أحيانًـا - علـى رضا المجني عليه، ثم انتهينا إلى أنه لا أثر لرضا المجني عليه في حالة إباحة الأفعـال المجرمة، كما عرفنا أن البعض كذلك قد أسس إباحة ممارسة الألعاب الرياضية، والأفعال العنيفة التي تشتمل عليها على انتفاء قصد العدوان، واعتبار أسباب الإباحـة مـن قبيـل عوارض المسئولية الجنائية، وانتهينا إلى عدم صحة هذا الرأي كذلك[2]. والصواب فـي نظرنا هو أن ممارسة الألعاب الرياضية بما تنطوي عليه من أفعال عنيفة؛ هو اسـتعمال

=

[1] - جاءت الشريعة الإسلامية صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها، وذلك فـي قولـه تعـالى: ﴿**وأَعِدوا لهم ما استَطَعتُم من قُوةٍ ومِن رباطِ الْخَيـل**﴾، وقول الرسول ﷺ: ﴿ألا إن القوة الرمـي ألا إن القوى الرمي﴾، وقوله: ﴿المسلم القوي خير من المسلم الضعيف﴾. كما حرص أصحاب رسـول ا ﷺ على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها، وتعتبر الفروسية فرضا من فروض الكفاية. أما عن رفع الأثقال؛ فقد عبر عنه بعض الفقهاء (ابن القيم في كتابه الفروسية) بالعلاج.

انظر في التفصيل: (عودة: جـ١، ص ٥٢٥ وما بعدها).

[2] - يراجع تفصيل ذلك في بداية المبحث.

لحق مقرر بمقتضى الشرع الإسلامي، أو بمقتضى النصوص القانونية التي يفترض أنهـا نصوص شرعية، تستمد أحكامها من الشرع الإسلامي. ويرتبط هذا الأساس بعلة الإباحة التي ألمحنا إليها قبل قليل؛ وهي أن هذه الألعاب قد أبيحت لما يترتب عليها مـن منـافع عديدة لأفراد الجماعة، من الوجهات الصحية، والخلقية، والحربية، والاجتماعية.

وقد تضمنت بعض التشريعات العربية التي نصت على تطبيقات استعمال الحق؛ إشارة صريحة إلى الألعاب الرياضية وإباحة ما تتضمنه من عنف تقتضيه طبيعـة كـل لعبة. ومن هذه التشريعات قانون العقوبات اللبناني[1]، وقـانون العقوبـات الـسوري[2]، وقانون العقوبات الأردني[3]. أما سائر التشريعات العربية الأخرى؛ فإنها وإن لم تتضمن نصوصا جنائية صريحة تفيد إباحة ما قد تنطوي عليه الألقاب الرياضية من عنـف، إلا أنها تعترف بهذه الإباحة، وتنظم الألعاب الرياضية وتشجعها، تأسيسا على إباحة الـشرع الإسلامي لها بالنسبة للدول الإسلامية.

شروط الإباحة:

ويشترط لإباحة أفعال العنف والإصابات التي قد تحدث أثناء ممارسـة الألعـاب الرياضية الشروط التالية[4]:

(١) أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها وفقًا للعرف الرياضـي؛ أي أن يكون لها قواعد متعارف عليها، وتقاليد تحمل المـشتركين فيهـا علـى احترام هذه القواعد.

(٢) أن تكون أفعال العنف أو الإصابات قد حـدثت أثنـاء ممارسـة اللعبـة وبسببها.

(٣) أن يتوافر حسن نية اللاعب الذي وقعت منه الأفعال العنيفة. وقد بينا في مقدمة هذا المبحث تفاصيل المقصود بحسن النية فـي مجـال اسـتعمال الحق.

=

1- المادة ٣/١٨٦.

2- المادة ٣/١٨٥.

3- المادة ٥٧/ب.

4- علي راشد: مرجع سابق، ص ٥١٠؛ محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٣٤؛ النبـراوي: مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(٤) مراعاة أصول اللعبة، وفقًا للأصول المقررة قانونًا أو عرفًا. فمثلاً لا يجوز في لعبة الملاكمة أن يضرب أحد اللاعبين اللاعب الآخر في البطن أسفل الحزام أو في ظهره، وإلا سئل عما يحدث من إصابات.

حكم إصابات اللعب:

لا يسأل اللاعب عن الإصابات التي تحدث لغيره من اللاعبين أثناء المباراة وبسببها، متى روعيت شروط الإباحة المشار إليها فيما سبق. أما إذا كانت الإصابة نتيجة الإخلال بأحد هذه الشروط فإنه يسأل جنائيا عنها. فمثلاً قد يتجاوز اللاعب حدود قواعد اللعبة في الملاكمة كما أشرنا، ويضرب منافسه في البطن أسفل الحزام، وهنا يكون مسئولاً عن تجاوزه.

والمسئولية الجنائية هنا إما أن تكون عمدية، إذا قصد سوء النية؛ كما لو أتى اللاعب أفعال العنف بقصد الانتقام من منافسه؛ وإما أن تكون غير عمدية، إذا لم يقصد اللاعب هذه الأفعال، بأن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة. وسواء أكانت المسئولية عمدية أم غير عمدية؛ فإنه يسأل كذلك مسئولية مدنية، بتعويض الأضرار الناجمة عن أفعاله، أو بدفع الدية أو الإرش المقرر شرعا، إذا توافرت الشروط الشرعية لذلك.

المطلب الرابع

ممارسة الأعمال الطبية

تمهيد:

تعد ممارسة الأعمال الطبية استعمالاً لحق، في نطاق التشريعات الجنائية الوضعية، بينما تعد واجبا على الطبيب في نطاق الشريعة الإسلامية.

فمن المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية؛ لأنه ضرورة اجتماعية، وهو يعتبر كذلك (أي واجبا كفائيا) كلما وجد أكثر من طبيب في البلد الإسلامي، أما إذا لم يوجد في المكان إلا طبيب واحد؛ فإن التطبيب يكون فرض عين، أي واجبا غير قابل للسقوط[1]. ويترتب على اعتبار التطبيب واجبا شرعيا - سواء أكان فرضا كفائيا أم فرض عين - عدم مسئولية الطبيب عما يؤدي إليه عمله من نتائج، إلا إذا أخطأ خطأ مهنيا جسيما.

أساس إباحة الأعمال الطبية[2]:

اختلفت آراء الفقهاء في شأن أساس إباحة الأعمال الطبية، بما تتضمنه من مساس بأبدان الأشخاص؛ فذهب رأي إلى أن الأساس هو رضا المريض بالجراحة أو العلاج، ولكن يعيب هذا الرأي أن حق المريض في سلامة جسمه ليس حقا خالصا له، ولكنه ذو طبيعة اجتماعية، فإذا أذن المريض للطبيب بالجراحة أو بالعلاج فإنه يتصرف في الجانب الفردي من هذا الحق، دون الجانب الاجتماعي؛ ولذا يبقى حق المجتمع في الدفاع عن هذا الجانب الاجتماعي. وعلى ذلك لا يصح رضا المريض أساسا لإباحة أعمال الطبيب.

وذهب رأي آخر إلى أن أساس إباحة الأعمال الطبية هو انتفاء قصد العدوان؛ أي القصد الجنائي لدى الطبيب؛ لأنه يقصد تخليص المريض من مرضه وآلامه، أو تخفيف حدة المرض أو الألم، ويعيب هذا الرأي أيضا أنه يخلط بين عناصر القصد الجنائي والباعث؛ فالباعث ليس من بين هذه العناصر، وقد يكون الباعث شريفًا، ومع ذلك يتوافر

=

[1]- عودة: جـ١، ص ٥٢٠.

[2]- يراجع تفصيل الخلاف الفقهي في الشريعة وفي القانون:

عودة: نفس المرجع، ص٥٢١؛ عبد العزيز عامر: مرجع سابق، ص ١٩٣؛ محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١١٥ وما بعدها.

القصد الجنائي، فكل ما للباعث من أثر هو في نطاق الجـزاء، ولا علاقـة لـه بتـوافر عناصر المسئولية الجنائية.

أما الاتجاه الثالث (وهو السائد في الفقه القانوني) فيسند الإباحة إلـى تـرخيص القانون؛ حيث تعترف التشريعات بمهنة الطب والجراحة، وتنظم كيفية مباشرتها، حتى مع خلو بعض التشريعات الجنائية من نص صريح بهذا الشأن؛ فإن إباحة أعمال هذه المهنـة لا تثير أي شك، فضلاً عن اشتمال القوانين المنظمة للمهن الطبية على نصوص صريحة بشأن هذه الإباحة، وهذه القوانين تعد جزءا من النظام القانوني العام للدولة التي تـصدر فيها، ومثال ذلك القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ بشأن مزاولة مهنة الطب في مصر[1].

أما عن الأساس في الشريعة الإسلامية؛ فنجد أن رأي الإمام **مالـك** يتفـق مـع الاتجاه الثالث السائد في الفقه الجنائي القانوني، والمشار إليه قبل قليل، وقد عبـر عنـه مالك بأن الأساس هو إذن الحاكم، ثم إذن المريض، أما **الحنفية** فيرون أن الأساس هـو "الضرورة"؛ لأن حاجة الناس ماسة إلى التطبيب، وأن منعه يؤدي إلـى الإضـرار بهـم بدرجة كبيرة. وأما **الشافعي وأحمد؛** فيذهبان إلى أن الأساس هو رضا المريض بالأعمال الطبية[2].

ونرجح في هذا الصدد رأي **مالك؛** لاتفاقه مع الاتجـاه الـسائد فقهـا؛ وهـو أن الأساس هو إذن الحاكم، أو ترخيص القانون الذي هو من عمل الحاكم، الذي يفترض فيه أن يكون مؤسسا على الشرع الإسلامي، والقانون أو الحاكم إنما يرخص بهذه الأعمـال الطبية ويبيحها لما تؤدي إليه من مصالح للناس، تتمثل في علاج المرضى بتخليصهم من أمراضهم وآلامهم، أو بتخفيف هذه الأمراض أو تلك الآلام.

=

1- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١١٣، و١١٧. ومن التشريعات الجنائية العربيـة التـي حرصت على النص على إباحة مباشرة الأعمال الطبية؛ قانون العقوبات اللبناني؛ حيث نص في المـادة ٢/١٨٦ على إجازة "العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن، شرط أن تجـرى برضى العليل، أو رضى ممثليه الشرعيين، أو في حالات الضرورة الماسة". وقد ورد هذا النص حرفيا في قانون العقوبات الأردني (المادة ٥٧/ج).

2- عودة: جـ١، ص ٥٢١؛ عامر: مرجع سابق، ص ١٩٣.

شروط الإباحة:

ولإباحة ممارسة الأعمال الطبية، بما تتضمنه من مساس بالأبدان؛ لا بد من توافر أربعة شروط هي: حصول الطبيب على الترخيص اللازم لممارسة المهنة، وممارسة هذه الأعمال بقصد العلاج، والحصول على رضا المريض، وعدم وقوع إهمال من الطبيب.

١ - الحصول على ترخيص:

لا يمارس الطبيب الأعمال الطبية إلا بعد الحصول على الترخيص القانوني بذلك، وتمنح الدولة هذا الترخيص بعد التثبت من صلاحيته للقيام بأعمال الطب أو الجراحة. وهي تمنح هذا الترخيص بعد الحصول على الإجازة العلمية في الطب؛ حيث تفترض الدولة أن تمام الدراسة في المؤسسات العلمية الطبية المتخصصة؛ يمكن الطبيب الحاصل على الإجازة من الإلمام بأصول الطب والجراحة.

وهنا يثار تساؤل: ما حكم من يحصل على الإجازة العلمية اللازمة لممارسة مهنة الطب والجراحة، ويمارس المهنة بلا ترخيص؟

للإجابة على هذا التساؤل تتعين التفرقة بين الترخيص، والإجازة العلمية؛ فالترخيص مسألة تنظيمية أو إجراء تنظيمي مطلوب، تتثبت الدولة بموجبه من صلاحية الطبيب بما يحمله من دراسات علمية طبية لممارسة المهنة في حدود معينة يصدر بها الترخيص، أما الإجازة؛ فهي شهادة علمية تفيد إلمام حاملها بالأصول الفنية والعلمية اللازمة لممارسة المهنة، ولذا فإن الإباحة هنا لا تستند في قيامها على الترخيص التنظيمي؛ وإنما على الإجازة العلمية التي يحملها الطبيب من جهة علمية طبية تعترف بها الدولة[1].

وبناء على ذلك فإذا قام طبيب يحمل الإجازة العلمية اللازمة لممارسة مهنة الطب والجراحة، بإجراء عملية جراحية قبل الحصول على الترخيص اللازم؛ فإنه لا يسأل عن ذلك؛ حيث قام بها استعمالاً لحق، وإن جازت مساءلته عن مزاولة المهنة بدون ترخيص كمسألة تنظيمية[2]. وإذا أدت الجراحة التي قام بها إلى عاهة أو موت؛ فإن مسئوليته

=

1- عرفنا قبل قليل أن الإمام مالك قد جعل إذن ولي الأمر (الترخيص) بممارسة مهنة الطب؛ شرطًا لانتفاء مسئولية الطبيب.

2- انظر: علي راشد: القانون الجنائي، ص ٥١٣.

تكون تماما كمسئولية الطبيب الحاصل على ترخيص؛ أي عن الخطأ الفني الجسيم وعـن جريمة خطئية.

أما إذا مارس مهنة الطب أو الجراحة طالب طب لم ينته بعد من دراسته العلمية؛ فإنه يسأل عن أفعاله مسئولية عمدية، شأنه شأن أي شخص عادي آخر، إلا إذا تـوافرت حالة الضرورة بشروطها القانونية.

ويجيز القانون – استثناء - لبعض الفئات ممارسـة بعـض الأعمـال الطبيـة؛ كالممرضين والممرضات والحكيمات والخاتن والخاتنات...... إلخ؛ فهؤلاء يكونون فـي حكم الأطباء من حيث إباحة الأعمال الطبية في الحدود التي أجازها لهم القانون الجنائي، أو القوانين الأخرى المنظمة لممارسة مهنة الطب والجراحة، وهم يعملـون بتـراخيص معينة أيضا، ووفقًا لشروط مشابهة للشروط اللازمة لإباحة عمل الطبيب.

والترخيص – من حيث نطاقه - قد يكون عاما، لممارسة جميع الأعمال الطبية، وقد يكون خاصا لممارسة تخصص طبي معين؛ كجراحة الأسنان، أو جراحـة العيـون؛ وهنا يتعين على الطبيب أن يتقيد بنطاق الترخيص، وإلا تعينت مسئوليته العمديـة علـى أساس قصده الاحتمالي. فلو قام طبيب أسنان بإجراء عملية جراحية في البطن – في غير حالة الضرورة - فإنه يسأل عنها مسئولية عمدية، ويسأل كذلك عن مختلف النتائج التـي قد تترتب عليها، وتدخل في قصده الاحتمال؛ كالعاهة أو الموت الناشئ عن جرح[1].

ويجب أن تمارس الفئات الأخرى غير الأطباء أعمالها المـستثناة فـي النطـاق المحدود الذي سمح به الترخيص؛ فلو قام ممرض – بما اكتسبه من خبرة طويلـة فـي الجراحة - بإجراء عملية جراحية لمريض في غير حالة الضرورة؛ فإنـه يـسأل عـن جريمة إحداث جرح عمد، ولو تمت العملية برضا المريض، فإذا نتج عن هـذه العمليـة عاهة أو موت، فإنه يسأل عن هذه النتائج مسئولية عمدية؛ أي جريمة جرح أفضى إلـى عاهة، أو جرح أفضى إلى موت[2]، وهذه جريمة قتل شبه عمد، عند من يقولون بالقتـل شبه العمد في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي.

=

[1]- انظر: النبراوي: مرجع سابق، ص ٣٥١.

[2]- وكذلك الحال بالنسبة لحلاق الصحة الذي يجري عملية جراحية (نقض مـصري ٤ ينـاير ١٩٣٧، مجموعة القواعد القانونية، جـ٤، رقم ٣٤، ص ٣١؛ ١٢ يونيو ١٩٣٩، مجموعة القواعد، جـ٤ رقـم ٤٠٧، ص ٥٧٦)، أو يعطي حقنة (نقض مصري ٢٣ أكتوبر ١٩٣٩، مجموعة القواعد، جـ ـ٤، رقـم ٤١٧، ص ٥٨٥)، والتومرجي الذي يدخل قسطرة في جسم المريض أو يجري علاجا له.

أما الصيدلي؛ فإن إجازته العلمية أو الترخيص الذي يمنح لـه لممارسـة مهنـة الصيدلة، لا يجيزان له بأي حال ممارسة مهنة الطب والجراحة، بل إنه يسأل عن جريمة إحداث جرح عمدي بالمجني عليه، إذا قام بإعطائه حقنة تحت الجلد[1]، كما يـسأل عـن جريمة جرح أفضى إلى موت (قتل شبه عمد)، إذا أفضت الحقنة إلى الوفـاة، ولا أثـر لرضاء المجني عليه في هذا الشأن كما نوهنا.

وقد يتمثل خروج الطبيب عن حدود الترخيص، إذا باشر عملاً لا يجيزه القانون؛ كإجراء عملية إجهاض لا يسمح بها القانون، أو انتزاع رئـة مـن مـريض لزراعتهـا لمريض آخر، ولو بموافقة صاحبها؛ حيث إن سلامة الجسم لا يجـوز أن تكـون محـلا للتصرف، فإذا مات من انتزعت منه الرئة، فلا أثر لرضائه كما سبق أن فصلنا، وتقـوم مسئولية الطبيب عن جريمة جرح عمدي أفضى إلى موت[2] (شـبه عمـد). وإذا مـات المريض الذي زرعت له هذه الرئة؛ فإن مسئولية الطبيب عن وفاته لا تقوم إلا إذا ثبـت وقوع خطأ مهني جسيم منه أثناء الجراحة، وعندئذ تكون مسئوليته عن جريمـة خطئيـة فقط.

وفي جميع الأحوال التي تقوم فيها مسئولية الطبيب أو غيره عن جريمة خطئيـة أو جريمة جرح أفضى إلى الموت (قتل شبه عمد)؛ لا يكون للبواعث أي أثر على توافر عناصر المسئولية الجنائية، وإنما يكون لها أثرها فحسب عند توقيـع الجـزاء الجنـائي الملائم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن التومرجي إذا أدخل قسطرة في قُبـل المـريض بطريقة غير فنية، فأحدث جرحين بالمثانة ومقدم القُبل، فأفضى ذلك إلى الوفاة؛ كان مسئولاً عن جريمة القتل الخطأ.

ولكن تكييف الواقعة في الحكم على هذا النحو لا يستقيم مع ما أوردنا فـي المـتن بهـذا الخـصوص. والصحيح – في نظرنا - هو تكييف جريمة التومرجي بأنها جرح أفضى إلى موت (قتل شـبه عمـد). (نقض مصري ٢١ مايو ١٩٣٥، مجموعة القواعد، جـ٣، رقم ٣٨٢، ص ٤٨٤.

وانظر أيضا: (محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٢٤).

[1] - ولذا قررت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنه: "......... يكون سديدا في القـانون مـا قرره الحكم من أنه لا تغني شهادة الصيدلة أو ثبوت دراية الصيدلي بعملية الحقـن؛ عـن التـرخيص بمزاولة مهنة الطب، وهو ما يلزم عند مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجني عليه جرحا عمديا، ما دام أنه كان في مقدوره أن يمتنع عن حقن المجني عليه؛ مما تنتفى به حالة الـضرورة" (نقـض ١٣ ديـسمبر ١٩٦٠، رقم ١٢٦١، س ١١، ص ٩٠٤).

[2] - انظر: النبراوي: مرجع سابق، ص ٣٥٢.

٢- ممارسة الأعمال الطبية بقصد العلاج:

يعد هذا الشرط تطبيقًا لشرط حسن النية اللازم للإباحة في مجال استعمال الحق كما فصلنا، ويقصد به في نطاق ممارسة الأعمال الطبية أن يأتي الطبيب أعماله بقصد العلاج؛ أي قصد تخليص المريض من مرضه، وتخليصه بالتالي من الآلام المترتبة على المرض، وتحسين صحته؛ فكل ما يستهدف نفع الإنسان وتحسين صحته وتخليصه من الأمراض أو وقايته منها؛ يدخل في إطار مفهوم العلاج وتحسين الصحة، ويدخل فيها كذلك كل ما يفعله الطبيب بالمريض من أجل الكشف عن أسباب سوء الصحة، ابتغاء علاجها؛ ولذا أمكن تصنيف الأعمال الطبية التي تستهدف العلاج وتحسين الصحة إلى طوائف ثلاث هي: الأعمال العلاجية، والأعمال الاستقصائية، والأعمال الوقائية[1].

أما إذا استهدف الطبيب تحقيق غاية أخرى غير العلاج وتحسين الصحة؛ فانه لا يكون مستعملاً لحق مباح، لافتقاد حسن النية الذي يتعين أن يتمثل في تحقيق الغاية التي تقررت الإباحة للطبيب من أجلها، ومثال ذلك[2]: أن يقصد الطبيب الإضرار بالمريض، أو يقصد جعله غير صالح للخدمة العسكرية تهربا منها، أو تغيير ملامح مجرم لتمكينه من الإفلات من المحاكمة، أو من تنفيذ الجزاء، أو تسهيل تعاطي مواد مخدرة، أو استئصال مبيض التناسل، أو إجراء عملية تعقيم، أو إجراء عملية إجهاض بغير توافر حالة الضرورة بشروطها القانونية.

وتثار التساؤلات حول مدى مشروعية بعض العمليات الطبية الأخرى التي لا تستهدف العلاج؛ مثل عمليات التجميل، وعمليات نقل الدم.

أما عمليات التجميل؛ فهي على نوعين: **أولهما** من أجل إزالة عارض أو تشويه غير طبيعي؛ كفصل الأصابع، أو إزالة الزيادات الخلقية كزيادات الأصابع، وهذا النوع لا شك في مشروعيته، لما يتضمنه من فائدة؛ فشأنه شأن العلاج. **أما النوع الثاني** من عمليات التجميل؛ فهو العمليات التي تتم من أجل تحسين الشكل أو الملمس، وقد اختلف الرأي في شأنها بين مبيح ومانع، أو منكر لإباحتها، ونرى أنه لا مانع من إباحتها، لما تنطوي عليه من تحسين الصحة النفسية لمن تجرى له؛ وهو أمر لا يقل فائدة أو قيمة عن تحسين الصحة الجسدية أو العضوية؛ بل ويترتب عليه زيادة فعالية الشخص كعضو منتج في المجتمع، ورفع الحرج والمشقة، وتحسين حال الأفراد والجماعة من الأمور الحاجية والتحسينية، ومن المقاصد العامة للتشريع الإسلامي.

=

[1]- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١١٤.

[2]- محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٧٣؛ الجنزوري: الأسس العامة، ص ٥٠٧.

وأما عمليات نقل الدم؛ فتتعين التفرقة في شأنها بين من يعطى له دم، ومن يسحب منه؛ فهي مشروعة ولا شك بالنسبة للمريض الذي تعطى له؛ لأنها من قبيل العلاج.

أما بالنسبة لمن يسحب منه الدم؛ فقد ذهب البعض[1] إلى عدم مشروعية سحب الدم من شخص ولو برضاه إلا في حالة الضرورة، كما ذهب البعض الآخر[2] إلى مشروعية السحب استنادا إلى رضا المسحوب منه، وأساس ذلك أن الضعف البدني الذي ينال من يتعرض لهذا الفعل ضئيل، ولا يستمر غير فترة يسيرة، والغالب ألا يؤثر في الشخص بصورة تمنعه عن القيام بكل الأعمال الاجتماعية.

والرأي الثاني أولى بالترجيح؛ حيث تقتضي مصلحة الجماعة في المجتمعات المعاصرة تأمين كميات الدم المناسبة لمواجهة ما قد يطرأ من كوارث ونوازل، ولأن مقتضى الأخذ بالرأي الأول ألا يلجأ إلى الأشخاص لطلب أخذ كميات دم منهم إلا في حالات الضرورة؛ أي بعد وقوع الكوارث فعلاً؛ وهو أمر لا يتصور ملاءمته عملاً؛ حيث قد يدق الأمر وتتوقف حياة بعض المصابين على كمية أو كميات من دم من فصيلة معينة، دون أن يوجد العدد الكافي من الأشخاص الذين هم ضمن هذه الفصيلة؛ لذا فإن الرأي الثاني يسعف في إنشاء بنوك للدم في الأحوال العادية، تضم مختلف الفصائل؛ لمواجهة أحوال الكوارث، دون الوقوع في الحرج.

ويجب أن تكون الكمية المأخوذة من الشخص لمواجهة حالة مرضية معينة أو لتدعيم بنوك الدم ضئيلة، وتحت إشراف الطبيب المختص، الذي يجري الفحص الطبي للشخص قبل القيام بعملية السحب منه، حتى لا يؤثر ذلك على وظيفته الاجتماعية. وإذا كان السحب بكميات ضئيلة؛ فإن الجسم عن طريق التغذية سرعان ما يكون كمية أخرى تعوض ما تم سحبه من الشخص.

وتثار في الوقت الحاضر بعض الخلافات الفقهية حول مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء في الجسم البشري؛ كزرع القلب، والكلى، وقرنية العين.. إلخ. ونحن لا نرى في ذلك أي حظر؛ لأنها عمليات تستهدف العلاج وتحسين صحة المرضى، وإن كانت تقترن أحيانًا ببعض العمليات التي تستهدف الحصول على العضو المراد زرعه للمريض، والحصول على الأعضاء إما أن يكون من أشخاص حديثي الوفاة، أو من بنوك تُنشأ خصيصا لذلك، وبغرض تأمين وحفظ الأعضاء؛ فالحصول على عضو من شخص سليم

=

1- محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٧٣؛ الجنزوري، الأسس العامة، ص ٥٠٧.

2- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٣١.

ولو برضاه لزرعه في جسم شخص آخر مريض؛ لا يمنح الجراح بشأنه الإباحـة، بـل يظل فعله مجرما؛ حيث لا أثر لرضاء المجني عليه (المتبرع بالعضو) على قيام مسئولية الطبيب[1] كما أشرنا من قبل. ويسأل الطبيب في هذه الحالة عن جريمة جرح أفضى إلى موت، إذا مات من انتزع منه العضو المراد نقله وزرعه لشخص آخر.

فعمليات نقل وزرع الأعضاء مشروعة من حيث عملية الزرع، غير مـشروعة من حيث عملية الانتزاع من شخص سليم حي، ولو برضائه؛ بل ولو كان ذلك بالنـسبة لإحدى العينين أو الكليتين، أو أي عضو من الأعضاء المزدوجة في الجسم البشري.

والحل البديل هو قبول التبرعات من الأشخاص ببعض أعضائهم بعـد وفـاتهم، وإنشاء بنوك طبية متخصصة لحفظ الأعضاء بالطرق العلمية.

ولا يزال الخلاف قائما حول مسألة قانونية هامة، تتعلق بتحديد اللحظة التي تـتم فيها الوفاة، وهل هي لحظة توقف القلب والدورة الدموية، أم لحظة توقف نبضات المـخ. ولحسم هذه المسألة أهمية بالغة؛ لأنه إذا نزع القلب أو أي عضو من الجسم قبل التـيقن من الوفاة لاعتبر الفعل جريمة[2].

٤ ـ رضا المريض بالعلاج[3]:

لا يباح العمل الطبي إلا باكتمال شروطه، ومن بين هذه الشروط رضا المريض به؛ فالرضا إذن ليس في ذاته أساس الإباحة - حيث لا أثر لرضا المجنـي عليـه كمـا فصلنا - وإنما هو مجرد شرط من الشروط المتطلبة لإباحة العمل الطبي، وعلـة هـذا الشرط تتمثل في رعاية الحصانة المقررة لجسم الإنسان؛ حيث لا يتصور إرغام إنـسان على المساس بجسمه للعلاج، أو الكشف عن مرض معين بمنظار أو نحوه، أو لوقايته من مرض ما بإعطائه أدوية أو أمصال معينة عن طريق الحقن.

وليس للرضا شكل معين؛ فقد يكون صراحة، وقد يكون ضمنيا، كما قـد يكـون كتابة، وقد يكون شفاهة، ولا يعتبر مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب رضا[1].

=

1- انظر: علي راشد: القانون الجنائي، ص ٥١٢؛ الجنزوري: الأسـس العامـة، ص ٥٠٦؛ ريـاض الخاني: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب، والتصرف في أعضاء الجسم البـشري، المجلـة الجنائية القومية، مصر، عدد مارس ١٩٧١.

2- انظر الجنزوري: نفس المرجع، ص ٥٠٧.

3- انظر في ذلك: محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٢٠ - ١٢٢؛ محمود مصطفى: القـسم العام، ص ١٧٣-١٧٤.

ويكون الرضا من المريض، أو ممن يمثله قانونا كالولي أو الوصي أو القـيم، أو من وكيله الذي فوض إليه أن يقوم عنه بتقدير خطورة العمل الطبي وملاءمته. والوكالـة أيضا قد تكون صريحة، كما قد تكون ضمنية، تُستخلص من ظروف الحال؛ كوكالة أحـد الزوجين عن الآخر.

بيد أنه لا حاجة إلى الحصول على رضا المريض في حالتي الضرورة وانتـشار الأوبئة؛ ففي الحالة الأولى يستعمل الطبيب حقه في مباشرة الأعمـال الطبيـة اللازمـة، والتي تقتضيها حالة الضرورة، بينما يؤدي الطبيب واجبا قانونيا في الحالة الثانية تنفيـذًا للقانون.

ويجب على الطبيب أن يوضح للمريض تشخيص مرضه، ومدى خطورة الحالة، ومدى نجاح العملية، ومختلف المعلومات اللازمة لإيضاح أبعاد الحالـة المرضـية، دون حاجة إلى الدخول في تفاصيل المعلومات الفنية الطبية، إلا إذا كان المـريض طبيبـا أو بإمكانه أن يفهمها.

ولكن ما الحكم لو جانب الطبيب الصواب في تشخيص الحالة المرضية، مع قيامه بالعلاج على أساس تشخيصي غير الصحيح، والذي صدر رضا المريض بناء عليه؟

هنا نفرق بين ما إذا انطوى عمل الطبيب على خطأ طبي جسيم من عدمه، فـإذا التزم الطبيب الأصول الطبية في عمله؛ فإنه لا يسأل، ولو كان إذن المريض قـد صـدر تأسيسا على تشخيص معين. ومثال ذلك أن يخطئ الطبيب في تشخيص، فيحسبه قرحة أو خراجا بالمعدة، ثم يفاجأ بعد فتح بطن المريض بأنه مصاب بالـسرطان، فيبـادر إلـى استئصال المعدة كلها أو بعضها بغير استئذان المريض أو من يمثله[2]، أو أن يـشخص الطبيب المرض على أنه التهاب حاد في الزائدة الدودية، ثم يفاجأ بعدم التهابها، فيبحـث عن سبب المرض فيجد خراجا بالقرب منها فيضطر إلى توسعة الجـرح ليـتمكن مـن معالجته بالجراحة؛ ففي مثل هذه الحالات لا يسأل الطبيب عن خطئه في التشخيص مـا دام قد التزم في إجراء العملية الأصول الطبية، كما لا يسأل عن عدم الحصول على رضا المريض بالجراحة الجديدة. أما إذا خالف الطبيب القواعد العامة للفن الطبي؛ فإنه يـسأل عن ذلك جنائيا.

---

[1]- وقد قضت بعض المحاكم الفرنسية بعكس ذلك؛ حيث اعتبرت مجرد ذهاب المـريض إلـى عيـادة الطبيب؛ رضاء بالعلاج الذي تخصص فيه الطبيب (نقض فرنسي ٣١ أكتوبر ١٩٣٣، دالوز الأسبوعي، سنة ١٩٣٣، ص ٥٣٧).

[2]- حكم فرنسي، ٢٠ فبراير ١٩٤٦، دالوز، ١٩٤٦، ص ١٢؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص١٧٤.

٥- عدم وقوع خطأ فاحش من جانب الطبيب:

لا يكون عمل الطبيب مباحا يعفيه من الضمان (أي مـن المـسئوليتين الجنائيـة والمادية) إلا إذا بذل في أدائه العناية الواجبة، واتبع فيه الأصول العلمية المقررة في فـن الطب والجراحة، أما إذا اقترن عمله بخطأ ما كإهمال أو تقـصير أو رعونـة، أو عـدم دراية لقلة الخبرة، إلى حد لا يتناسب مع خطورة الحالة المرضية؛ فإن الطبيب يسأل عن خطئه؛ أي عن جريمة غير عمدية، تأخذ صورة الإصابة الخطأ، أو الجرح المفضي إلى الموت (شبه العمد) على حسب الأحوال.

ولكن هل يسأل الطبيب عن أي خطأ مهما كانت درجتـه؟ اختلفـت الآراء فـي الإجابة على هذا التساؤل، ونوجز هذه الآراء في الآتي[1]:

الرأي الأول: التفرقة بين الخطأ الفني (المهني) والخطأ المادي:

فالخطأ الفني (المهني) يمثل إخلالاً بأصول المهنة، وتحكمه قواعد خاصـة، أمـا الخطأ المادي، فيحدث إخلالاً بواجبات الحيطة والحذر.

ويرى أنصار هذا الرأي أن الطبيب لا يسأل عن خطئه الفني تأسيسا على أن مـا يحوزه الطبيب من علم كفيل بأن يجعله محل ثقة في أن يباشـر مهنتـه علـى النحـو الصحيح، فضلاً عن أن في رقابة الرأي العام عليه ما يغني عن رقابة القانون، ويضيفون إلى ذلك أن التقدم العلمي في مجال الطب لا يتاح إلا إذا أمن رجل الطب المسئولية عمـا قد يقع منه من أخطاء فنية؛ فتهديده الدائم بالعقاب يثنيه عن الاجتهاد والابتكار[2].

ومن أمثلة الخطأ الفني:

- التشخيص غير الصحيح، (رغم وضوح الأعراض).
- وصف دواء غير مناسب للحالة المرضية.
- عدم تقدير خطورة حالة مرضية، والتقاعس عن استدعاء الطبيب الاختصاصي.

=

[1]- يراجع في تفصيل الآراء:

محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٢٦ وما بعدها؛ علي راشد: القـانون الجنـائي، ص ٥١٤؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٧٥-١٧٦؛ أبو زهرة: جـ١، ص ٤٦٩ وما بعدها؛ عودة: جـ١، ص ٥٢٢.

[2]- يراجع في عرض هذا الرأي:

Ren Garraud: Traité théorique et prtique du droit penal, Paris, 1913, Tome I, p. 426.;

محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٢٧.

- تجربة طريقة علاج جديدة، لم تسبق تجربتها.
- عدم تزويد المريض بالتعليمات اللازمة بعد إجراء الجراحة ومغادرة المستشفى، وبما يجب أن يفعله في حالة حدوث مضاعفات.
- عدم فحص الدم معمليا قبل استخدامه.
- عدم إجراء التنظيفات والتعقيمات اللازمة داخليا وخارجيا في العمليات الجراحية.
- عدم إجراء التحليلات الطبية اللازمة قبل إجراء الجراحة.

ومن أمثلة الخطأ المادي:

- أن يجري الطبيب جراحة وهو في حالة سكر.
- أن يجري الطبيب جراحة وهو مصاب بعجز في يده.
- إغفال تعقيم أدوات الجراحة.
- ترك بعض الأدوات في جسم المريض.

ولكننا مع من يرفضون هذا الرأي؛ حيث لا يمكن التسليم به على إطلاقه. صحيح أن التشديد على الأطباء ومساءلتهم عن كل ما قد يقعون فيه من أخطاء من شأنه أن يؤثر تأثيرا سلبيا على تقدم مهنة الطب والجراحة علميا، ولكن القـول بإعفـاء الطبيـب مـن المسئولية نهائيا عن جميع أخطائه الفنية مهما كانت درجتها؛ أمر لا يمكن قبولـه بـأي حال، لما فيه من تهديد لحياة الأفراد، وضياع حقـوقهم والحمايـة المقـررة لأجـسامهم وحياتهم.

الرأي الثاني: التفرقة بين الخطأ الفني الجسيم والخطأ الفني اليسير:

وقد ذهب أنصار هذه التفرقة إلى أن الطبيب يعفى من مسئوليته عـن الأخطـاء الفنية اليسيرة، ويسأل فقط عما يقع منه من أخطاء فنية جسيمة، فضلاً عن مسئوليته عن الأخطاء المادية وفقًا للقواعد العامة التي تحكم المسئولية عن الخطأ غير العمدي، وبـذلك يتاح للطبيب قدر من حرية البحث والتقدير في مجال عمله؛ وهو ما لا يتحقق إذا سـئل عن كافة أخطائه جسيمة كانت أم يسيرة.

وقد انتقد هذا الرأي أيضا من جانب البعض[1]؛ فمن زاوية لا تقوم التفرقة بـين الخطأ الفني والخطأ المادي على سند من القانون، وهي تفرقة صعبة التطبيق؛ لأن ما قد يعد خطأ فنيا في نظر البعض قد لا يعد كذلك في نظر غيرهم؛ مثال ذلـك عـدم نقـل

=

[1]- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ١٢٩.

المريض إلى المستشفى في الوقت الملائم، أو إغفال استدعاء اختـصاصي لعلاجـه، أو إبداء مشورته[1]. ومن زاوية أخرى فإن التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليـسير هـي تفرقة عسيرة التطبيق، وليس ثمة ضابط واضح تعتمد عليه؛ مما يخشى أن ينتهـي بهـا الأمر إلى تحكم لا تضبطه قواعد القانون.

ولذا يرى أنصار هذا النقد أن الصحيح عندهم هو إخضاع الخطأ الطبي للقواعـد العامة التي تحكم الخطأ غير العمدي، وليس في ذلك أي تعقيد لعمل القاضي، أو عرقلـة للتقدم العلمي؛ فثمة قواعد مستقرة في علم الطب، وثمة مجال تقديري تعترف بـه هـذه القواعد أو تقرره الأصول العلمية العامة؛ فالخطأ المتعلق بتطبيق القواعد المستقرة، تنـشأ عنه المسئولية، سواء أكان جسيما أم يسيرا، ولا صعوبة تواجه القاضي في الكشف عـن هذه القواعد لأنها معروفة وواضحة، وفي استطاعة الخبير أن يبرزها للقاضي. أمـا مـا تقرره هذه القواعد أو الأصول العلمية من مجال تقديري فلا شأن للقضاء به؛ إذ يعتـرف العلم بما يدور فيه من خلاف، ويفترض قدرا من الـصحة فـي الآراء المختلفـة التـي تتنازعه؛ ولذا لا يتوافر خطأ الطبيب إذا أخذ برأي مبتكر في علاجه، طالما كان مقتنعـا بصوابه، وكان هدفه من الأخذ به شفاء المريض، لا مجرد تجربته عليه، ولو كان هـذا الرأي غير مسلم به من جانب بعض الأطباء.

الرأي في نطاق الفقه الإسلامي: التفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الفاحش:

إن خطأ الطبيب قسمان: خطأ في التقدير، وخطأ في الفعل، ولا يسأل الطبيب عن أخطائه الواقعة في نطاق هذين القسمين إلا إذا كان الخطأ فاحشًا[2]. والخطأ الفاحش هـو ما لا تقره أصول فن الطب، ولا يقره أهل العلم بفن الطب. ويضرب الفقهاء مثلاً علـى الخطأ غير الفاحش قصة "صبية سقطت من سطح فـانتفخ رأسـها، فقـال كثيـر مـن الجراحين: إن شققتم رأسها تموت. وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها. فشقه، ثم ماتت بعد يوم أو يومين". ولما سئل أحد الفقهاء المشهورين في ذلـك أفتى بأنه ما دام الشق بإذن، وما دام الشق معتادا، ولم يكن فاحشًا خارج الرسم؛ أي لـم

=

[1] - محمود مصطفى: مسئولية الأطباء والجراحين، مجلـة القـانون والاقتـصاد، س ١٨، ١٩٤٨، ص ٢٩٦؛ القسم العام، ص ١٧٥، ص ٤٣٣.

[2] - أبو زهرة: جـ١، ص...، وترتفع المسئولية عن الطبيب إذا كان الخطأ غير فاحش بشرطين؛ أولهما ألا يكون الطبيب ممنوعا من التطبيب، وثانيهما أن يبذل جهده ويؤدي عمله بحيطة وحذر.

يكن خارج القواعد الفنية المرسومة، فـإن الطبيـب لا يـضمن؛ أي لا يـسأل جنائيـا ولا مدنيا[1].

ونرى في المسئولية عن خطأ الطبيب أن الطبيب لا يـسأل إلا إذا كـان الخطـأ فاحشًا ظاهرا[2] لا يحتمل نقاشًا فنيا تختلف فيه الآراء. وقد عرفنا أن الخطأ الفاحش هـو ما لا تقره أصول مهنة الطب، ولا يقره أهل هذه المهنة، ولا يتسامحون مع من يقترفه.

أما إذا كان الخطأ في مسألة طبية فنية جديدة هي محل نقاش واختلاف في الرأي بين الأطباء بين مؤيد ومعارض لها؛ فلا يسأل الطبيب عن الخطأ الناجم عن أخذه بهـذه المسألة أو الاتجاه المختلف عليه؛ وهو ما يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامي الأخيـر، وهـو مؤسس على تقدير الاجتهاد والمجتهدين، ما دام الهدف هو مصلحة الناس، والطبيب مثله في هذه الحالة كمن يجتهد إن أخطأ له أجر واحد، وإن أصاب له أجران. والقـول بغيـر ذلك من شأنه أن يجعل الناس يحجمون عن التخصص في مهنـة الطـب، ويحـول دون الأخذ بأسباب العلم الحديث، ودون تقدم علم الطب الذي هو من أنفع العلوم للناس.

كيفية المساءلة عن الأخطاء الطبية في المملكة العربية السعودية:

توجد بالمملكة العربية السعودية لجنة تسمى "اللجنة الطبيـة الـشرعية" بـوزارة الصحة بالرياض. وتمارس هذه اللجنة صلاحياتها للنظر في الشكاوى التي تقـدم ضـد الأطباء والممرضين والممرضات، وأدعياء الطب الذين يتسببون في موت الأشخاص، أو في تلف أي عضو من الأعضاء، أو أي إصابة مما هو دون النفس[3].

=

[1]- عودة، جـ١، ص ٥٢٢؛ عامر: شرح الأحكام العامة، ص ١٩٤.

وقد سئل هذا الفقيه المشهور عن الطبيب الجراح إن قال إن ماتت فأنا ضامن لها، فهل يضمن؟

قال الفقيه: إنه لا يضمن؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش، لا على تعهده بنجاح العملية.

[2]- تجعل بعض التشريعات الخطأ الجسيم ظرفًا مشددا للعقاب في جريمتي القتل والجرح الخطأ، إذا وقع الخطأ إخلالاً جسيما بما تفرضه على الجاني أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، أو كان متعاطيا مسكرا أو مخدرا عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث، أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليـه الجريمة، أو طلب المساعدة له، مع تمكنه من ذلك.

انظر المادتان ٢٣٨، و٢٤٤ من قانون العقوبات المصري، معدلتان بالقانون رقـم ١٢٠ لـسنة ١٩٦٢، وانظر في معيار الخطأ الجسيم حكم النقض المصري الصادر في ٢٦ أبريل ١٩٦٦، مجموعـة أحكـام النقض المصرية، س ١٧، رقم ٩٤، ص ٤٩١.

[3]- كتاب نائب رئيس مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية رقم ٢٥٥٦٥، وتـاريخ ١٣٨٦/١١/٩ هـ إلى وزير الصحة بالنيابة.

وتشكل هذه اللجنة حاليا من أربعة أعضاء أطباء[1]، وعضو خامس شرعي من وزارة العدل للنظر في الشكاوى المشار إليها من الزاويتين الفنية الطبية والشرعية، ولتوقيع الجزاءات الإدارية والشرعية إذا لزم الأمر.

والواضح من دراسة بعض القرارات الصادرة عن هذه اللجنة أنها تتجه غالبا إلى محاولة التوفيق بين اعتبارين **هامين هما**:

١- حماية مصالح الأشخاص، وفرض رقابة على الأطباء، ومنعهم من السفر إذا اقتضى التحقيق معهم ذلك[2]، حفاظًا على حقوق الأشخاص.

٢- التفرقة بين الأخطاء المهنية الجسيمة والأخطاء المهنية اليسيرة؛ حيث تعاقب على الأولى بعقوبات شديدة[3]، وتؤاخذ على الثانية بعقوبات

=

1- وهم: عضو طبيب من كلية الطب بجامعة الرياض، وعضو طبيب من وزارة الدفاع والطيران، وعضو طبيب من وزارة المعارف، وعضو طبيب من وزارة الصحة، والعضو الشرعي كما أشرنا من وزارة العدل.

(انظر: القرارات الصادرة من هذه اللجنة حديثًا، ومنها القرار رقم ٢٩٠، وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧ هـ، والقرار ٢٨٥، وتاريخ ١٤٠١/٢/٢٨ هـ).

2- انظر كتاب نائب رئيس مجلس الوزراء بالمملكة إلى وزير الصحة، برقم ٣٥٠٢٠، وتاريخ ١٣٩٥/١٢/٢٤ هـ، وقد تضمن هذا الكتاب معالجة مشكلة طول فترة منع الأطباء المدعى عليهم من السفر؛ بسبب عدم تواجد المشتكين في محال إقاماتهم، أو السفر لمدد طويلة بعد تقديم الشكاوى، دون أن يقيموا وكلاء شرعيين عنهم. وقد جاء بالكتاب في هذا الشأن أنه: "إذا رغب المدعي في التغيب عن مكان إقامته أو السفر لمدة تزيد عن الثلاثين يوما؛ عليه أن يقيم عنه وكيلاً شرعيا بصك شرعي. وفي حالة تبليغه أو وكيله بالحضور أمام اللجنة بواسطة جهة رسمية في تاريخ محدد، وعدم حضوره دون عذر مقبول، أو عدم وجوده في العنوان الذي حدده أو عدم وجود وكيله الشرعي، ومضى على ذلك مدة ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تحديد جلسة النظر في دعواه، فللجنة الحق في صرف النظر عن دعواه، وإعادة أوراق الدعوى إلى الجهة التي وردت منها، ولوزارة الصحة بعدئذ الحق في رفع حظر السفر عن المدعى عليه".

3- قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض رقم ٢٧٠، وتاريخ ١٤٠١/٧/١٠ هـ بشأن اعتبار أحد الأطباء مخطئًا في علاج مريضة، ومتسببا في قتلها.

وقد قررت اللجنة تكليف الطبيب المدعى عليه بدفع دية القتل الخطأ لورثة المرأة المتوفاة، وقدرها عشرون ألف ريال، مع إفهامه بأن عليه كفارة القتل الخطأ؛ وهي عتق رقبة مؤمنة.. فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

إدارية بسيطة، تتمثل غالبا في الحسم من الراتب[1]، مع إنذار المستشفى أو صاحب العيادة الخاصة، مع غلق المستـشفى أو العيـادة أو القـسم الجراحي أحيانًا[2].

ومن هذا الاعتبار الثاني يتضح عدم مؤاخذة الأطباء مؤاخذة شديدة عن الأخطاء والنتائج المترتبة عليها، وإنما التركيز فقط على ما يتضمن إهمالاً فنيا طبيا جسيما، ولـذا نرى اللجنة الطبية المختصة قد ألزمت أحد الأطباء بدفع الدية الشرعية المقـررة للقتـل الخطأ، بينما لم تلزم طبيبا آخر بدفع الدية، على الرغم من تسببه بخطئه في الوفاة، وذلك لاختلاف درجة وطبيعة الخطأ في الحالين.

وهو اتجاه محمود، ويتفق مع ما رجحناه، ومع ما ذهب إليه ورجحه فقهاء الشريعة الإسلامية كما فصلنا؛ حيث إن مؤاخذة الأطباء عن كل ما يقع من أخطاء يسيرة كانت أم جسيمة، بشأن مسألة تقديرية كانت أم فنية مهنية ثابتة؛ من شأنه أن يجعل الناس يحجمون عن ممارسة مهنة الطب، وهي ضرورة لمنفعة الناس، فضلاً عن بعض الآثار السلبية الأخرى التي قد تنجم عن هذه المؤاخذة المشددة للأطباء، وبخاصة ما يتعلق بالإحجام عن البحث العلمي والأخذ بأساليب العلاج الحديثة، وفي ذلك عرقلة لتقدم فن الطب.

ولذا فإن التوفيق بين الاتجاهين المتعارضين حماية لمصلحة أفراد المجتمع مـن تقاعس وإهمال بعض الأطباء، ومساءلة الأطباء - فقط - مسئولية مشددة عن أخطـائهم المهنية والمادية الجسيمة؛ هو الحل الصائب، وإنه لمن اليسير على لجنـة طبيـة فنيـة مختصة أن تقرر ما يعد يسيرا، وما يعد جسيما من الأخطاء كما أوضحنا سـابقًا؛ حيـث ألزمت أحد الأطباء بدفع دية مريضته المتوفاة بسبب خطئه الجسيم، بينما لم تلزم الآخـر بهذه الدية رغم وجود علاقة سببية بين بعض ما اقترفه من أخطاء والوفاة.

=

[1]- بقرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض رقم ٢٧٥، وتاريخ ١٤٠٠/٨/٨ هـ بشأن اعتبار أحد الأطباء مخطئًا، ومتسببا في وفاة طفل يبلغ من العمر أربع سنوات، وقد قررت اللجنة مجازاة الطبيب المـدعى عليه بحسم مرتب خمسة عشر يوما.

[2]- انظر كتاب وزير الصحة رقم ٢٦/٣٣٠، وتاريخ ١٣٩٩/١١/٢٩ هـ إلى وكيـل وزارة الـصحة للشئون الصحية، باقتراح إنذار مستشفى بالغلق... على أن يتم فورا إغلاق قسم الجراحة فيها لمدة شهر، وتغريم المستشفى مبلغ خمسة آلاف ريال... إلخ، مع التوصية بسرعة عرض الحالة والتوصيات علـى اللجنة الطبية الشرعية بالرياض بصورة مستعجلة، والإفادة بالنتيجة للعرض عن ذلك للمقام السامي.

تطبيقات:

وفيما يلي بعض التطبيقات مما ورد في بعض قرارات اللجنة الطبية الشرعية بالرياض، بشأن تحقيق شكاوى الأفراد ضد الأطباء:

١. ما قررته اللجنة[1] من أنه ليس ثمة ما يستدعي مساءلة أو فرض عقوبة إدارية على أي من الأطباء العاملين الذين تداولوا الحالة المرضية.. وذلك استنادا إلى ما يلي:

أ- أن حالة المريضة كانت على جانب كبير من الخطورة منذ بداية عرضها على الأطباء، وأن زوجها (المشتكي) كان كثير التردد في الأخذ بما ينصحه به الأطباء من الإسراع بإجراء الجراحات الجدية اللازمة.

ب- لم يثبت للجنة من مراجعة ما يتعلق بالحالة، ومن مراجعة الفحوصات؛ وجود تقصير أو إهمال من جانب العاملين بالمستشفيين.....

جـ- أن ما قام به الأطباء في المستشفيين...... كان مناسبا لحالة المريضة، ومتمشيا مع الفن الطبي.

وقد تعرض قرار اللجنة بشأن هذه الحالة إلى مسألة تتعلق بالأسعار والفواتير الخاصة بنفقات العلاج في المستشفيين المدعى عليهما. ورأت اللجنة إحالة هذه المسألة إلى إدارة الرخص الطبية بوزارة الصحة لدراستها، واتخاذ ما يلزم بشأنها.

٢. ما قررته اللجنة[2] من عدم وجود ما يبرر مؤاخذة الأطباء العاملين في مستشفى... بمكة المكرمة، مع إخلاء سبيلهم. وذلك استنادا إلى ما يلي:

أ- أن التشخيص الذي تم التوصل إليه من قبل الأطباء قبل العملية (وهو اشتباه التهاب الزائدة أو التهاب المرارة، مع التهاب بريتوني) هو تشخيص يتمشى مع ما وجد أثناء العملية من التهاب بريتوني ناتج عن التهاب حاد في البنكرياس؛ ومن ثم لا يعتبر التشخيص خطأ من الناحية الفنية.

ب- إن هذا التشخيص الذي توصل إليه كان يستدعي عملية الاستكشاف التي قام بها الجراح. ولذلك فإن ما قام به يعتبر إجراء سليما ومتمشيا مع الفن الطبي.

جـ- أن العلاج الذي أعطى للمريضة سواء قبل العملية أم بعدها، والذي تم بالتشاور مع أخصائي الأمراض الباطنية كان مناسبا للحالة المريضة.

=

1- قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض، رقم ٢٩٠، وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧ هـ.

2- القرار رقم ٢٨٥، وتاريخ ١٤٠١/٢/٢٨ هـ.

وقد اتخذت اللجنة الطبية الشرعية قرارها، بناء على قرار لجنـة فنيـة قامـت بفحص المريضة حال وجودها بالمستشفى، ورأي لجنة أخرى قامت بالتحقيق مع أطراف القضية.

٣. ما قررته اللجنة[1] من مجازاة طبيب بحسم خمسة عشر يوما من راتبه، استنادا إلى الآتي:

أ- أنه لم يكن بالإمكان تحديد سبب الوفاة؛ حيث إنه لم تتم الصفة التشريحية لجثـة الطفل المتوفى.

ب- أن الطبيب قد أخطأ في الآتي:

- أولاً- أنه دون بيده في الوصفة عقارين لعـلاج الملاريـا، مـع أن المعتاد أن يوصف عقار واحد فقط، وأن الجرعـة المدونـة بخـط الطبيب هي الجرعة اللازمة للشخص البالغ وليس لطفل في الرابعـة من عمره.
- ثانيا: أنه اعترف بأن حالة الطفل كانت خطيرة، وأنه على الرغم من ذلك لم يقم باستدعاء الأخصائي لفحصه والإشراف على علاجه.

ونرى أنه لا تناسب في الواقع بين الأخطاء الثابتة هنا في حق الطبيب والجـزاء الموقع عليه، وكان من المتعين على اللجنة أن تتدرج في الشدة تبعـا لطبيعـة ودرجـة الخطأ المتوافر.

وذات الملحوظة نوردها هنا بشأن بعض القرارات الصادرة من هذه اللجنة؛ حيث اكتفت بتوقيع عقوبات إدارية طفيفة تتمثل في حسم أيام قليلـة مـن راتـب الطبيـب أو الطبيبة، على الرغم من ثبوت بعض الأخطاء المهنية الواضحة[2].

=

[1] - القرار رقم ٢٧٥، وتاريخ ١٤٠٠/٨/٨ هـ.

[2] - انظر على سبيل المثال القرار رقم ٢٥٥، وتاريخ ١٤٠٠/١/٢١ هـ؛ فالطبيبة المدعى عليها في هذا القرار أسرعت باتخاذ التدخل الجراحي للمريضة فور حضورها، رغم عدم وجود نزيف يحتم التـدخل الفوري، ورغم ظهور أعراض الصدمة العصبية على المريضة: سرعة النبض – هبوط ضغط الدم عن المعدل - هبوط نسبة الهيموجلوبين (٤٠%)، وكان الواجب عليها أن تقوم بخطوات معينـة أوضـحتها اللجنة في القرار. وقد انتهت اللجنة لمعاقبتها فقط بحسم راتب ثلاثة أيام.

أما الطبيب المناوب، والمدعى عليه في القرار ذاته؛ فلم يتوجه إلى المريضة حال إخباره بحالتها من قبل الموظف المختص، واستدعي أخصائي التخدير قبل أن يناظر المريضة، رغـم أن الطبيبـة المقيمـة أوضحت له في الاستدعاء أن المريضة في حالة غيبوبة.... وقررت اللجنة بـشأنه أنـه غيـر مقـدر للمسئولية، ومع ذلك عاقبته بحسم راتب ستة أيام فحسب!

٤- ما قررته اللجنة[1] من اعتبار أحد الأطباء مخطئًا في علاج مريضة ومتسببا في وفاتها؛ حيث تدخل في علاج حالة خطيرة بعيادته الخاصة، مع علمه بقصور الإمكانيات المتاحة لديه لعلاج مثل حالتها، وأعطاها إبرة دوائية (مزج فيها فيتامين جـ مع سوبرا بايجين) لا تتناسب مع مرضها، وأدت إلى وفاتها خلال دقيقتين من حقنها.

وقد قررت اللجنة إلزامه بدفع دية القتل الخطأ لورثة المتوفاة، وقدرها عشرون ألف ريال، مع إفهامه بأن عليه كفارة القتل الخطأ؛ وهي عتق رقبة مؤمنة.. فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

وإن حالة الطبيب الذي أعطى لمريض الملاريا نوعين من الأدوية، مع أن المعتاد أن يوصف في هذه الحالة عقار واحد، فضلاً عن وصفه جرعة للطفل هي جرعة البالغين لا يقل خطورة عن حالة الطبيب الذي أعطى مريضته إبرة دوائية لا تتناسب مع مرضها، مع حدوث الوفاة في الحالتين.

ولعل ما حدا باللجنة إلى التفرقة في العقاب بين الحالتين؛ هو عدم إمكان تحديد سبب الوفاة في الحالة الأولى؛ حيث لم تتم الصفة التشريحية لجثة الطفل المتوفى.

وفي ختام هذا الجزء التطبيقي عن المساءلة عن أخطاء الأطباء ومن في حكمهم في المملكة العربية السعودية؛ نوصي بأن تنظم قواعد ممارسة مهنة الطب والجراحة في المملكة العربية السعودية تنظيما متكاملاً، بمقتضى نظام يصدر من السلطة التنظيمية المتخصصة، وأن تسند مهمة البت في القضايا المتعلقة بالأخطاء الطبية إلى الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل بهذه القضايا، وهي جهة القضاء الشرعي، التي يكون لها أن تسترشد بآراء الخبراء واللجان الطبية المختصة، بل من المفيد أن تستمر اللجنة الطبية الشرعية بالرياض فيما تقوم به من دور فعال، على أن يرفع ما تنتهي إليه من نتائج إلى جهة القضاء الشرعي المختصة، لتوقيع العقاب الشرعي التعزيري، فضلاً عن الإلزام بالدية أو الإرش المناسب حسب كل حالة على حدة، ودون أن يخل كل ذلك بما لوزارة الصحة من سلطة توقيع العقوبات الإدارية والتدابير الملائمة.

=

[1]- القرار رقم ٢٧٠، وتاريخ ١٠/٧/١٤٠٠ هـ.

المطلب الخامس

زوال العصمة الإسلامية•

معنى الإهدار وأسبابه:

ينفرد النظام الجنائي الإسلامي بهذا التطبيق الخاص من تطبيقات أسباب الإباحة، في نطاق استعمال الحق؛ وهو زوال العصمة الإسلامية عن الأشخاص وعن أموالهم، متى قام السبب الشرعي المزيل. والعصمة الإسلامية يقصد بها عصمة دماء الأشخاص وأموالهم؛ بحيث يتمتعون بالحماية الإسلامية الشاملة، وهذه العصمة لا تكون إلا بالإيمان أو الأمان.

والإيمان يعني الإسلام؛ ولذا فإن المسلم يتمتع بالحماية الإسلامية لشخصه وماله وعرضه، وفي ذلك يقول ﷺ: ﴿**كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه**﴾[1]. أما الأمان فيكون بالنسبة لغير المسلمين بالعهد، أو بالاتفاق، أو بالهدنة، أو بالإذن بالإقامة... إلخ.

وهذا الأمان يكون مؤقتًا بالنسبة للمستأمن من الذي يؤذن له بالإقامة العارضة في الدولة الإسلامية، وبالنسبة لغير المسلمين الذين تربطهم بالدولة الإسلامية عهود سلام. وأساس هذا الأمان المؤقت قوله تعالى: ﴿**وَأَوْفُوا بِعَهْدِ ا ـ إِذَا عَاهَدتم**﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنُوا أوفُوا بِالْعقُودِ**﴾[3]. ويستمر هذا الأمان المؤقت قائما مع قيام سببه، فإن زال السبب فإنهم يصبحون من الحربيين، غير معصومين، وتصبح دماؤهم وأموالهم مباحة، ما لم ينشأ بينهم وبين المسلمين من جديد عهد أو هدنة.

أما الأمان المؤبد فيكون للذميين؛ أي غير المسلمين الذين التزموا أحكام الإسلام، وأقاموا في الدولة الإسلامية إقامة دائمة بموجب عقد الذمة[٤].

=

• انظر في التفصيل:

ابن قدامة: المغني، جـ١، ص ٦٠٦ وما بعدها؛ عودة: جـ١، ص ٥٢٩ وما بعدها.

[1] - رواه مسلم.

[2] - سورة النحل، آية ٩١.

[3] - سورة المائدة، آية ١.

[4] - وثمة صيغة للشروط التي أقرها عمر بن الخطاب ﷺ، وأوجب أن تكون في عقد الذمة. وقد وردت هذه الصيغة فيما رواه الخلال بإسناده عن إسماعيل بن عياش قال: حدثنا غير واحد من أهل العلم قالوا: كتب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنيم: "إنّا حين قدمنا من بلادنا طلبنا إليك الأمان لأنفسنا؛ بأن لا

فإذا توافر الإيمان بالنسبة للمسلم بالإسلام، والأمان بالنسبة للمستأمن والذمي؛ لـم تكن هناك إباحة، وإنما تكون هناك عصمة إسلامية، تتمثل في حماية الإسـلام لـدمائهم وأموالهم وأعراضهم.

وإذا زال الإيمان أو زال الأمان زالت العصمة، وكان الإهدار، وكانت الإباحة.

وبزوال الإيمان يصبح الشخص مرتدا ويحل دمه، لقوله صلى ا عليـه وسـلم: ﴿**من بدل دينه فاقتلوه**﴾ (رواه أحمد والبخاري)، وبزوال الأمان يصبح حربيا، مباح الدم والمال، ما لم تكن دولته غير محاربة للمسلمين؛ أي مسالمة لهم.

الجرائم المهدرة:

وتزول العصمة عن المسلم أو الذمي أو المستأمن، بثبوت ارتكاب أي جريمة من الجرائم التالية[1]:

١ ـ الردة:

وهي مقصورة على المسلمين، فلا يتصور وقوع جريمة ردة من غير مسلم. وقد أشرنا قبل قليل إلى قول الرسول ﷺ: ﴿**من بدل دينه فاقتلوه**[2]﴾، وعلى ذلك فإن من تثبت

نُحدث في مدينتنا كنيسة، ولا فيما حولها ديرا، ولا قلاية ولا صومعة راهب، ولا نجدد ما خـرب مـن كنائسنا، ولا ما كان منها في خطط المسلمين، ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها فـي الليـل أو النهار، وأن نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل، ولا نؤوى فيها ولا منازلنا جاسوسا، وألا نكتم أمـر مـن غش المسلمين، وألا نضرب نواقيسنا إلا ضربا خفيًا في جوف كنائسنا، ولا نظهر عليهـا صـليبا، ولا نرفع أصواتنا في الصلاة، ولا القراءة في كنائسنا فيما يحضره المسلمون، ولا نخرج صليبنا ولا كتابنـا في سوق المسلمين، وألا نخرج باعوثًا ولا شعانين، ولا نرفع أصواتنا في أمواتنا، ولا نظهـر النيـران معهم في أسواق المسلمين، وألا نجاورهم بالخنازير، ولا نبيع الخمور، ولا نظهر شركًا، ولا نرغب في ديننا ولا ندعو إليه أحدا،....، وألا نمنع أحدا من أقربائنا إذا أراد الدخول في الإسلام، وأن نلـزم زينـا حيث كنا، وأن لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين،.......، ولا نركب الـسروج، ولا نتخذ شيئًا من السلاح، ولا نحمله ولا نتقلد السيوف، وأن نوقر المـسلمين فـي مجالـسهم ونرشـد الطريق، ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس،.... ولا يشارك أحد منا مسلما في تجـارة إلا أن يكون إلى المسلم أمر التجارة،......، وإن نحن غيرنا أو خالفنا.... فلا ذمة لنا، وقد حل لك منا ما يحل لأهل المعاندة والشقاق". فكتب عبد الرحمن بن غنم بذلك إلى عمر ، فكتب له عمر: "أن امض لهم ما سألوه وألحق فيه حرفين: اشترط عليهم ما شرطوا على أنفسهم، وأن لا يشتروا من سبايانا شيئًا، ومـن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده". فأنفذ عبد الرحمن ذلك، وأقر من أقام من الروم في مدائن الشام على هذه الشروط. (انظر: ابن قدامة: المغني، جـ١، ص ٦٠٦، ٦٠٧).

[1] - عودة: جـ١، ص ٥٣١.

[2] - رواه أحمد والبخاري. وفي رواية أخرى: ﴿**من بدل دينه فاقتلوه، ولا تعذبوا بعذاب النـار**﴾ (يعنـي النار).. أخرجه البخاري وأبو داوود.

ردته ثبوتًا قطعيا من المسلمين يجب قتله، ويشترط الفقهاء لتطبيـق حكـم القتـل عليـه (أي لاعتباره مرتدا) استتابته ثلاثًا، وعرض الإسلام عليه من جديد، فإن لم يتب وجـب قتله، وحل دمه[1]. ويجب أن يثبت ذلك بحكم قضائي شرعي.

ولكن ما الحكم لو قتل شخص آخر بحجة أنه مرتد؟

لا يسأل هذا القاتل، ما دامت الردة قد ثبتت بحكم قضائي، وكل ما هنالك أن هذا القاتل يسأل عن جريمة افتئاته على السلطات، التي هي مختصة أصلاً بقتل المرتد، وذلك في الدولة الإسلامية التي تطبق الشرع الإسلامي[2].

أما إذا قتل شخص مرتدا في دولة لا تطبق أحكام الحدود الشرعية، ولا تنص في تشريعها على عقاب للمرتد؛ فإن القاتل لا يسأل كذلك متى كانت الدولـة إسـلامية فـي الأصل، فلو حدث هذا في مصر مثلاً فيتعين على السلطات ألا تعاقب القاتل إذا ثبت لهـا بالدليل القطعي أن المجني عليه قد ارتد فعلاً، وقد أعطيت له فرصة الاسـتتابة شـرعا، ولم يتب.

ويرى البعض[3] أنه يكفي أساسا لعدم إمكان العقـاب فـي هـذه الحالـة نـص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري؛ حيث يقول: "لا تسري أحكام قانون العقوبـات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة"؛ فعدم الـنص فـي مصر على عقاب المرتد لا يعني أن الردة مباحة؛ لأن نصوص الإسلام لا يمكن أن تلغى أو تعدل بمجرد نصوص وضعية. وفضلاً عن ذلك فإن المادة السابعة من قانون العقوبات المصري يمكن الاستناد إليها لعدم عقاب قاتل المرتد في مصر؛ وهي تنص على أن: "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء".

وهو تأسيس ملائم ومقبول[4]، وإن كان قتل المرتد يعد في الشريعة أداء لواجـب لا استعمالاً لحق، ولكن كل واجب يخول صاحبه حقا.

=

[1] - ابن قدامة: المغني، جـ ١٠، ص ٧٦.

[2] - وفي مذهب مالك رأي مخالف يقول إن المرتد وإن كان غير معصوم الدم؛ فإن قاتله يعاقب تعزيرا، ويدفع دينه لبيت المال؛ لأنه الذي يرث المرتد.

[3] - عودة: جـ ١، ص ٥٣٧، ٥٣٨.

[4] - انظر في بيان المقصود بكلمة "الشريعة" الواردة في المادة "٦٠"، وعبارة "الشريعة الغراء" الـواردة في المادة "٧" من قانون العقوبات المصري: محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٥٦، محمـود نجيـب حسني: أسباب الإباحة، ص ٤٨. وقد ورد بالمرجع الأخير (ص ٤٩) ما يلي:

ولكن المرتد لا يكون مباحا لمرتد مثله؛ حيث "إن غير المعصوم معصوم على أنداده"؛ وهي قاعدة عند الشافعيين، فلو قتله غير المسلم فهو قاتل متعمد، ولو أسلم بعد قتله، أما إذا قتله ذمي فقد اختلاف الفقهاء في شأنه، والراجح أنه لا يعتبر قاتلاً متعمدا. ويطبق الشافعية قاعدتهم هذه على كل المهدرين؛ وهي قاعدة لا يأخذ بها غيرهم من الفقهاء[1].

٢- الزنى[2]:

فالزاني المحصن كما هو معلوم يعاقب بالرجم، إذا ثبت زناه، فيكون مهدر الدم عند مالك وأبي حنيفة وأحمد، ووفقًا للراجح في مذهب الشافعي. أما غير المحصن إذا ثبت زناه فعقوبته الجلد مائة جلدة.

ولكن الأمر يدق هنا بالنسبة للزاني غير المحصن الذي يقتل وهو في حالة تلبس بالزنى؛ فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أنه لا عقاب على القاتل في هذه الحالة، تأسيسا على قضاء عمر بن الخطاب ﷺ، عندما أهدر دم القتيل الذي قتله الزوج في حالة تلبس بالزنى مع زوجته[3].

وقد علّل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالزنى بالاستفزاز، واشترطوا لتوافر هذا الاستفزاز أن تكون المرأة من أهل القاتل لا أجنبية عنه. أما البعض الآخر منهم فقد علل الإباحة هنا بقيام واجب تغيير المنكر؛ وهو واجب على من يستطيعه. وهؤلاء لا يشترطون أن تكون المرأة من أهل القاتل؛ لأن الأمر من قبيل دفع الصائل العام.

أما الشافعي فلا يرى قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس فالزنى، إلا إذا لم يمكن منعه عن جريمته إلا بالقتل، ولا عبرة بوجود الاستفزاز من عدمه؛ لأن الاستفزاز لا يبيح القتل، ودفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان هو الوسيلة الوحيدة.

أما عن الجرائم المهدرة الأخرى:

- الحرابة (قطع الطريق).
- البغي.

"وهدف هذين النصين مجرد طمأنة الناس الذين ألفوا خلال وقت الخضوع لقواعد الشريعة الإسلامية بأن تطبيق القوانين الحديثة عليهم لن يضيع حقا قررته لهم الشريعة...".

[1]- عودة: جـ١، ص ٥٣٦.

[2]- نفس المرجع، ص ٥٣٨ وما بعدها.

[3]- انظر تفصيل هذه الواقعة ومصادرها في باب التفسير، وتحت جزئية النص الخاص، في هذه الدراسة.



- القصاص في النفس أو فيما دون النفس.
- السرقة.

وذلك على تفصيل نحيل بشأنه إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي، المثبتة في قائمة مراجع هذا الكتاب وغيرها.

الفصل الثالث

ممارسة السلطة أداء لواجب قانوني

تمهيد:

لا جريمة إذا وقع فعل ضار من شخص بمناسبة ممارسة سـلطة يقتـضيها أداء واجب مكلف به.

وقد أخذت غالبية التشريعات بهذه القاعدة ونصت عليها. ومن ذلك ما ورد فـي القانون الجنائي المصري؛ حيث نص[1] على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظـف أميري في الأحوال الآتية:

أولاً- إذا ارتكب الفعل تنفيذًا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته، أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانيا- إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذًا لما أمرت به القوانين، أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه".

ومن ذلك أيضا ما ورد من نصوص مشابهة في قانون العقوبـات الـسوداني[2]، والقانون المغربي[3]، والقانون التونسي[4]، والقانون السوري[5]، والقـانون اللبنـاني[6]، والقانون الأردني[7]، والقانون الليبي[8]، والقانون العراقي[9]، والقانون الكويتي[10].

وفي المملكة العربية السعودية؛ عالجت أحكام الوظيفة العامة ذلك؛ حيـث نـص نظام الخدمة المدنية الصادر عام ١٣٩٧ هـ[1] على أن كل موظف مسئول عما يـصدر

=

1- المادة ٦٣.

2- المادة ٤٤.

3- المادة ٧٩.

4- المادة ٤٢.

5- المادة ١٨٤.

6- المادة ١٨٥.

7- المادة ٦١.

8- المادة ٦٩.

9- المادة ٤٠.

10- المادتان ٣٧، و٣٨.

وانظر: محمود مصطفى: الأصول، ص ٤٦ وما بعدها.

عنه، ومسئول عن حسن سير العمل في حدود اختصاصه، كما حظر على الموظف العام إساءة استعمال سلطة وظيفته، أو استغلال نفوذه؛ وهو نفس المعنى الذي ورد من قبل في نظام الموظفين العام لعام ١٣٩١ هـ[2]، والذي علقت على مذكرته التفسيرية؛ حيث أشارت إلى وجوب مصارحة الموظفين ورؤساءهم برأيهم كتابة في المسائل التي تكون فيها مخالفة أوامر الرؤساء للأنظمة واللوائح مخالفة واضحة لا مجال للشك فيها، فإذا ما قام الموظف من جانبه بهذا الإجراء؛ فإن واجبه ينتهي وتنتفي مسئوليته.

وفي الشريعة الإسلامية ما يرسم سبيل طاعة الرؤساء وحدود هذه الطاعة؛ فالأساس قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أطيعوا ا وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى ا والرسول إن كنتم تؤمنون با واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**﴾[3].

وعن ابن عمر مرفوعا أنه قال: قال رسول ا ﷺ: «**على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية؛ فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة**»[4].

فما هي إذن صور ممارسة السلطة كسبب للإباحة، وما هي شروط الإباحة اللازمة لها؟

صور ممارسة السلطة كسبب إباحة:

من استقراء النصوص المشار إليها؛ يتضح أن العمل الذي يأتيه الموظف العام ويتضمن أفعالاً تعد في الأصل جرائم، وتباح رغم ذلك؛ إما أن يكون عملاً قانونيا مشروعا، أو أن يكون عملاً غير قانوني.

١ - العمل القانوني:

وهو العمل الموافق للأنظمة واللوائح، ويكون تنفيذًا لأحكامها، ولأوامر الرؤساء الذين تجب طاعتهم؛ وهذا العمل القانوني قد يكون محددا، وهنا لا توجد أي صعوبة في ممارسته، ومثاله واجب الجلاد الذي ينفذ أحكام الإعدام أو القصاص أو القطع في سرقة وما إلى ذلك. وقد يكون العمل القانوني غير محدد، حين يقترن بسلطة تقديرية تمنح

1- المادة ١٥.

2- المادة ١٧.

3- سورة النساء، آية ٥٩.

4- أخرجاه.

وقد أكدت المادة ٣٤ من نظام تأديب الموظفين بالمملكة العربية السعودية المعنى السابق، كما جرم نظام مكافحة الرشوة استغلال النفوذ (مادة ٥٥).

للموظف، ليمارسه على نحو ملائم للظروف والملابسات التي تحيط بالممارسة، ومثـال ذلك واجب وكيل النيابة الذي يكون له سلطة تقديرية في حبس المتهم احتياطيا، والأمـر بتفتيش مسكنه[1]، وهنا لا بد من إحاطة ممارسة الواجب وما يقترن به من سلطة تقديرية بشروط؛ لضمان عدم التعسف أو الانحراف في أداء الواجب.

شروط ممارسة السلطة كسبب للإباحة:

أ- وجود **سبب** يقتضي من الموظف ممارسة سلطته؛ فالتلبس بالجريمة يصلح سببا للقبض على الجاني، وهرب المتهم من رجل الـشرطة أو محاولتـه الهرب؛ يصلح سببا لاستخدام القوة ضده، ومقاومة صاحب المنزل المـراد تفتيشه لمأمور الضبط؛ يصلح سببا لاستخدام القوة. ولكن أي سبب هنـا لا بد وأن يكون مشروعا، وأي قوة لا بد وأن تكون بالقدر اللازم فقـط لأداء الواجب؛ فمثلاً تقيد بعض التشريعات رفع الدعوى بشأن بعـض الجـرائم بوجوب وجود شكوى من المجني عليه؛ ففي مثل هذه الجـرائم لا يجـوز لمأمور الضبط في حالة التلبس بارتكاب أي منها أن يقبض على الجـاني، إلا إذا صرح بالشكوى من يملـك تقـديمها، وإلا افتقـد الـسبب المبـرر للقبض[2].

ب- أن تكون ممارسة السلطة **مشروعة؛** وذلك بأن تكون الأعمال التي يأتيهـا الموظف العام مطابقة للقوانين واللوائح، وداخلة في حـدود اختـصاصه؛ فمثلاً إذا مارس رجل الضبط القضائي سلطته في القبض علـى شـخص خارج حدود اختصاصه الإقليمي؛ فإن عمله لا يعد مشروعا، وكذلك الحال بالنسبة لعناصر اختصاصه الأخرى النوعي والزماني الشخـصي. ويعـد خروجا على حدود الأنظمة واللوائح تجاوز مقتضى الأمر الـذي يمـارس مأمور الضبط القضائي سلطته بناء عليه، فإذا كان الإذن الصادر بتفتـيش منزل متهم؛ فإن هذا الإذن لا يمكن أن ينسحب على شخص هذا المـتهم، فإذا قام مأمور الضبط القضائي في هذه الحالة بالقبض عليه؛ فإنه يكون قد تجاوز حدود الإذن، ويعد عمله مخالفًا للقانون، ولا يكون العمـل مطابقًـا للقانون إلا إذا كان لازما لتحقيق الهدف المقصود من تخويل السلطة، فـإذا أمكن القبض على المتهم بقليل من العنف فلا يجوز اللجوء إلى فعل ينـتج

=

1- الجنزوري، الأسس العامة، ص ٥٤١؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٩٣.

2- مادة ٣٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على سبيل المثال.

عنه الموت أو جراح بالغة، وإلا فإن مأمور الضبط يسأل عن هذا التجاوز مسئولية عمدية إذا كان مقصودا، وخطئية إن كان نتيجة رعونة[1].

ج- أن تكون ممارسة السلطة **بحسن نية؛** فإذا خرج المأمور أو الموظف العام عن روح القوانين أو الأنظمة وغاياتها، وسخر السلطة التي وضعت بين يديه لتحقيق أغراض ومآرب خاصة، بعيدة كل البعد عن الصالح العام، فإنه يكون قد أساء ممارسة سلطته، وتتعين مسئوليته[2].

ومن ذلك أيضا أن يستخدم مأمور الضبط العنف مع المتهم انتقاما منـه، بـسبب علاقة سابقة، وليس لمنعه من الهرب، أو يصدر المختص بأمر القبض أو التفتيش أمـره للانتقام من شخص معين، أو لتشويه سمعته[3].

ففي كل هذه الصور ينتفي حسن النية، ويكون عمل رجل السلطة غير مـشروع. وينتفي حسن النية أيضا في الحالة التي يستهدف فيها رجل السلطة تحقيـق غايـة غيـر مشروعة، إلى جانب استهدافه الغاية التي حددها القانون. ومثال ذلك المحقق الذي يصدر أمرا بالحبس الاحتياطي، يستهدف به مصلحة التحقيق، ويبتغي به في نفس الوقت الانتقام من المتهم.

٢- العمل غير القانوني:

يكون العمل غير قانوني في حالتين؛ **الأولى**: أن يعتقد الموظـف – خطـأ - أن العمل داخل في نطاق اختصاصه، **والثانية** أن ينفذ الموظف أمر رئيس يعتقد – خطـأ - بوجوب طاعته.

=

[1] - وفي مصر إذا قام مأمور الضبط القضائي بتفتيش منزل شخص غير متهم، بناء على إذن من النيابة العامة؛ فإن هذا التفتيش يقع باطلاً؛ لأن النيابة ليست هي المختصة في هذه الحالة بإصدار إذن التفتـيش قانونًا، وإنما المختص هو القاضي الجزئي؛ لأن الوضع يتعلق بغير المساهمين في الجريمـة موضـوع الدعوى، وإذا استعمل مأمور الضبط العنف في هذه الحالة؛ فإنه يسأل عن جريمة ضـرب، وإذا دخـل المنزل بالقوة أو أتلف بابه، فإنه يسأل عن جريمة انتهاك حرمة المسكن، وعن الإتلاف. وكذلك الحال لو قبض على شخص بغير وجه حق.

(انظر: محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٩٦).

[2] - انظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الصادر في ١١ مايو ١٩٥٠، وحكمها الصادر فـي ٨ يونيو ١٩٥٠ (مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري، س٤، رقـم ٢٢٤، ص ٧٣٧، رقـم ٢٦٥، ص ٨٠٧.

وانظر: محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٩٨.

[3] - محمود مصطفى: نفس المرجع والموضع.

ومثال الحالة الأولى أن يقبض رجل السلطة على إنسان في غير نطاق اختصاصه الإقليمي؛ فالقبض هنا خارج عن حدود اختصاصه.

ومثال الثانية أن ينفذ مأمور الضبط أمر قبض أو تفتيش صادر من غير السلطة المختصة.

وفي الحالتين يعتقد خطأ بصحة عمله.

وهنا يشترط لإباحة عمل رجل الضبط، أو الموظف العام ما يلي[1].

(أ) حسن النية:

ويتوافر حسن النية هنا باعتقاده المبني على أسس معقولة وسليمة، بمشروعية عمله، فإذا ثبت أنه كان يعلم بالعيب الذي يشوب الإذن أو الأمر الذي قام بتنفيذه؛ فإنه يكون سيء النية، وتتعين مسئوليته.

ومع ذلك لا يعذر الموظف الذي ينفذ أمرا صادرا من رئيسه بارتكاب جريمة، مع تذرعه بسلامة اعتقاده؛ حيث لا يجوز الاعتذار بجهل حكم من أحكام القانون الجنائي، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[2].

وإذا افتقد حسن النية لدى رجل الضبط عند ممارسته لسلطة القبض مثلاً، وما يرتبط بها من أعمال عنف أحيانًا؛ فإن سوء النية يخول للمراد القبض عليه بغير وجه حق دفع الاعتداء الواقع عليه، إذا ما توافرت حالة الدفاع الشرعي بشروطها. فإذا كان أمر القبض باطلاً، أو لم يكن مع رجل الضبط أمر قبض على الإطلاق، ولم تكن هناك

=

1- الجنزوري: الأسس العامة، ص ٥٤٤ وما بعدها؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص ١٩٨ وما بعدها.

2- وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأي حال إلى ارتكاب الجرائم، وأنه ليس على مرءوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه (نقض ٢٩ مايو ١٩٦١، س٢، رقم ١٢٠؛ نقض ٢٤ أبريل ١٩٦٤ س ١٥ ق٦١ ص ٣١٤؛ نقض ٦ يناير ١٩٦٩، س٢٠ رقم ٦، ص ٢٤). كما قضت بأن "ما يقوله الطاعن خاصا بعدم مسئوليته عن جريمة اختلاس أموال أميرية طبقًا لنص المادة ٦٣ع (لأنه انصاع لرغبة رئيسه المتهم الأول)؛ هذا القول مردود عليه بأن فعل الاختلاس الذي أسند إليه وأدانته المحكمة به؛ هو عمل غير مشروع، ونية الإجرام فيه واضحة، بما لا يشفع للطاعن فيما يدعيه من عدم مسئوليته، بل إن إقدامه على ارتكاب هذا الفعل يجعله أسوة بالمتهم الأول في الجريمة" (نقض ١١ إبريل ١٩٦٠، س١١، رقم ٦٧، ص ٣٣٧).

انظر لمزيد من التفصيل والأحكام الأخرى: محمود مصطفى: نفس المرجع، ص ٢٠٢؛ الجنزوري: الأسس العامة، ص ٥٤٥.

حالة تلبس بجريمة معينة؛ فإن قيام رجل الضبط بتهديد الشخص بالسلاح أو ضربه فعـلاً لاقتياده؛ من شأنه أن ينشئ لدى المتعدى عليه وغيره حالة الدفاع الشرعي التي تخول له أو لغيره مقاومة مأمور الضبط سيء النية بأفعال عنيفة أيضا بالقدر الذي تقتضيه حالـة الدفاع الشرعي[1]. أما إذا كان رجل السلطة حسن النية بأن كان يعتقد على أسس معقولة وسليمة بصحة الأمر الذي ينفذه ومشروعية عمله؛ فإن مقاومته عندئذ تعد جريمـة، ولا تنشأ عن أفعاله حالة الدفاع الشرعي إلا إذا صدر منه ما يخشى أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة.

(ب) التثبت والتحري:

ويقصد بالتثبت والتحري هنا أن يكون الموظف أو مأمور الضبط يقظًا واعيا، لا ينفذ الأوامر إلا بعد أن يتأكد من صحتها، وصدورها ممن يملك سـلطة إصـدارها، وأن مصدرها قد التزم حدود صلاحياته، وأنه لم يكن سيء النية، وأنها غير متعلقة بمخالفـة واضحة لأوامر القانون أو نواهيه؛ فلا يكفي إذن أن يكون الموظـف أو رجـل الـسلطة حسن النية في ممارسته للسلطة أو أدائه لواجبه؛ بل لا بد من بذل هذا الجهد الذي يـشحذ به ملكتي الانتباه والإرادة في تنفيذ أعماله حتى لا يقع في إهمال.

وعلى ذلك فمن المتصور أن يكون الموظف العام أو مأمور الضبط حسن النيـة في أدائه لعمله، ولكنه لم يبذل أي جهد من جانبه للتثبت من صحة الأمر الـصادر إليـه، أو مشروعية العمل الذي يقوم به. وفي هذه الحالة لا ينفعه حسن النيـة إلا مـن زاويـة واحدة؛ هي أن مسئوليته ستكون عن جريمة غير عمدية.

=

[1] - وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بعدم صحة الحكم المطعون فيه بقولها إنـه إذا كـان الحكم قد أدان المتهم في جريمة التعدي على رجال البوليس ومقاومتهم، بعد أن كان قد أثبت في واقعـة الدعوى أن المتهم إنما فعل ذلك ليفلت من أيديهم الشخص الذي كانوا قد قبضوا عليـه بغيـر حـق ولا مسوغ قانوني، وذلك دون أن يتحدث صراحة عن أن رجال البوليس كانوا حسني النية في هذا القـبض الذي وقع منهم مخالفًا للقانون، ويورد الأدلة والاعتبارات التي تدعم ما يقول به في هذا الخصوص؛ فإنه يكون قد أخطأ إذ العقاب في هذه الحالة لا يكون صحيحا إلا عند توافر حسن النية لدى رجال البـوليس (نقض ١٤ مايو ١٩٤٥، مجموعة القواعد، جـ٦، رقم ٥٧٦، ص ٧١١، وانظر المادة ٢٤٨ عقوبـات مصري في شأن مقاومة مأمور الضبط).

وانظر أيضا: محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٠٣.

أما إذا كان سيء النية بأن كان يعلم بعدم صحة الأمر الذي يقوم بتنفيذه، أو كان يشك فيه ويميل إلى ترجيح عدم صحته، أو عدم مشروعية العمل الذي يقوم به، وأقدم مع ذلك على إتيانه، وأضر بالغير؛ فإنه يسأل مسئولية عمدية.

وبناء عليه يمكن القول إنه إذا كلف جندي بحراسة مكان معين يحوي أشياء ثمينة أو هامة؛ فإن ما يأتيه هذا الحارس من أفعال في مواجهة شـخص يعتقـد أنـه سـارق المستودعات؛ لا يمكن أن يكون مباحا، إلا إذا توافر في أفعال الحارس شرط حسن نيته، باعتقاده المبني على أسس معقولة بمشروعية أفعاله، وشرط التثبـت والتحـري مـن أن ما يفعله لا يخرج عن نطاق اختصاصه، وأنه أمر يحتمله أداء واجبه[1].

=

[1]- وتطبيقًا لذلك فقد قضي في مصر بأنه إذا كانت الواقعة أن ثلاثة أشخاص سرقوا قمحا مـن منـزل مجاور للمزارع، وساروا في الطريق الموصل للمزارع، فأبصرهم خفير ورأى اثنين منهم فرا هـاربين في المزارع ولم يدركهما، وأن ثالثهم كان يحمل زكيبة من القمح المسروق، فناداه مرتين فلم يجبه، بـل ألقى الزكيبة على الأرض وحاول الفرار مثل زميليه اللذين أفلتا واندسا في المزارع، بعد أن ألقيا علـى حافتها ما كان معهما من القمح، فعندها ارتكز الخفير على ركبتيه وأطلق عيارا ناريا في الجزء الأسفل من جسمه أصابه في ساقيه من الخلف، ولم يكن بين المكان الذي أصيب المجني عليه فيه وبين المزارع سوى خمسة عشر قدما على أكبر تقدير، وقد توفي هذا السارق بسبب تلك الإصـابة؛ تلـك المقـدمات مجتمعة تشير إلى أن المتهم كان معذورا فيما فعله من المبادرة إلى إطلاق النار على المجني عليه الذي يعتقد أنه لص، قبل اتخاذ خطوة التهديد بالإطلاق في الهواء، حتى لا يفلت منه قبل أن يجهـز بندقيتـه لإطلاقها لثاني مرة، فيكون من المتعين تبرئته (نقض مصري ٢٧ نوفمبر ١٩٣٢، مجموعـة القواعـد، جـ٣، رقم ٥، ص ٤). وقد كانت محكمة الجنايات قد عاقبته مع استعمال الرأفة بالحبس مع الشغل لمدة سنتين، بمقولة إنه لم يتحر ويترو في إطلاق النار على المجني عليه، قبل أن يطلق أول طلقة في الهواء على سبيل الإرهاب كما تقضي بذلك التعليمات.

كما قضى بأنه إذا كان الخفير بمجرد عدم الرد على ندائه اكتفى بإطلاق عيار واحد، وقد صوبه علـى المجني عليه مباشرة فأصابه في إليته وسلسلة ظهره (أي في مقتل من مقاتله)، مـع أن المجنـي عليـه وزميله – من جهة أخرى - لم يحاول أيهما الهرب، فما أتاه المتهم ينم عن استخفاف بالأرواح لا يجيزه القانون، وتكون الشبهة قائمة على وجود الجناية، خالية من العذر المعفي من العقاب، المشار إليه بالمادة ٥٨ (٦٣ حاليا) لعدم توافر شروط الإعفاء (نقض ٣١، أكتوبر ١٩٣٢، مجموعة القواعد، جـ٢، رقـم ٣٨١ ص ٦١١). وقضي بأنه إذا كان المتهم قد تنبه إلى وجود صيادين في ليلة مقمرة بضربهم الشباك في الماء، فأمهلهم عشر دقائق كانوا خلالها يعملون على رفع الشباك من الماء، ثم أطلق عليهم عيـارا ناريا أحدث جروحا بأحدهم؛ فإن ما وقع منه كان عن طيش ولم يكن منبعثًا عن أسباب معقولة (نقـض ١١ مارس ١٩٣٥، مجموعة القواعد، جـ٣، رقم ٣٤٧ ص٤٤٧).

وإذا كانت الإدانة في الحكمين عن جريمة خطئية استنادا إلى افتقاد شرط التثبت والتحري مـع تـوافر حسن النية؛ فإن هذا في نظرنا يكون محل نظر؛ لأن حسن النية – كما يتضح مـن الوقـائع - مفتقـد،

والخلاصة إنه يشترط لإباحة عمل رجل السلطة أو الموظف العام الذي يعد في الأصل جريمة؛ أن يعتقد اعتقادا مبنيا على أسباب معقولة بصحته ومشروعيته؛ ليتوافر لديه حسن النية، وأن يتثبت ويتحرى عن هذه الصحة وتلك المشروعية. فإذا افتقد شرط حسن النية كانت المساءلة عن جريمة عمدية، وإذا افتقد شرط التثبت والتحري كانت المسئولية غير عمدية إذا توافر حسن النية.

وبالتالي فقد كان من المتعين أن تكون الإدانة في الحكمين عن جريمة عمدية لا خطئية (انظر: محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٠٤).

الفصل الرابع

الدفاع الشرعي

تمهيد:

يعد الدفاع الشرعي من أبرز أسباب الإباحة؛ وهو سبب عام مطلق، يستفيد منه كل من يساهم مع المدافع في درء الخطر أو وقف الاعتداء الذي يتعرض له. ويعالج البعض[1] الدفاع الشرعي تحت عنوان "دفع الصائل" في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي، والحق إن "دفع الصائل" مفهوم أوسع نطاقًا من أن يشمل الدفاع الشرعي فحسب؛ حيث يراد به رد جميع الأخطار أو الاعتداءات التي تهدد الأفراد أو المجتمع، مهما كان مصدرها؛ ولذلك فإن مفهوم دفع الصائل في نظرنا يشمل رد الاعتداء الذي يكون مصدره إنسان أو حيوان على الأفراد أو على المجتمع، ويدخل فيه حالة الضرورة.

ويفرق البعض[٢] في نطاق الفقه الإسلامي بين نوعين من الدفاع؛ فيسمون الأول "الدفاع الشرعي الخاص"، ويسمون الثاني "الدفاع الشرعي العام"، ويقصدون بالأول الدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو العرض، بينما يقصدون بالثاني الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وهذه التفرقة في نظرنا محل نظر؛ حيث لا وجود في الواقع لما يسمى بالدفاع الشرعي العام، وإن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل مسلم ومسلمة، وأساسه قوله تعالى ﴿**ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر**[3]﴾. وغيرها من الآيات والأحاديث الدالة على وجوبه، والتي سبق أن عرضناها في المبحث الخاص بأساسيات التشريع الجنائي الإسلامي في الباب الأول من هذه الدراسة.

=

[1] - عودة، جـ١، ص ٤٧٢؛ عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، ص...؛ الجنزوري، الأسس العامة، ص ٢٠١. والصائل المعتدي أو مصدر الاعتداء، والمدافع هو المصال عليه. وكلمة صائل اسم فاعل مشتق من الفعل "صال"، فيقال "ص و ل" عليه؛ أي سطا عليه وغلبه (جبران مسعود: الرائد. معجم لغوي عصري، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، ص ٩٠٨).

[2] - نفس المرجع والموضع.

[3] - سورة آل عمران، آية ١٠٤.

وهذا الواجب فرض كفاية – وفقًا لرأي غالبية الفقهاء - بحيث يسقط عن الفـرد إذا أتاه غيره، وبحيث يمكن القول بأنه إذا نظمت الدولة هيئة للقيام به؛ كما هـو الحـال بالنسبة لهيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المملكة العربيـة الـسعودية؛ فانـه يسقط عن سائر الأفراد الآخرين.

أساس وطبيعة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي•:

أساسه: أقرت الشريعة الإسلامية للمعصومين الذين يتمتعون بحمايتها حقهم فـي رد الاعتداء أو درء الخطر الذي يتعرضون له، بالقوة اللازمة لحمـايتهم ضـد أخطـار الاعتداءات على الأنفس والأموال والأعراض، وأساس ذلك ما روي عن عبـد ا بـن عمر رضي ا عنهما أن الرسولﷺ قال: ﴿**من أريد ماله بغير حق، فقاتل فقتـل فهـو شهيد**﴾، وما روي عنه أنه قال: ﴿من مات دون ماله فهو شهيد ومن مات دون دمه فهـو شهيد..﴾، وما رواه أبو هريرة عن رسول ا ﷺ أنه قال: ﴿**لو أن امرأ اطلع عليك بغيـر إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح**﴾.

طبيعته:

والدفاع الشرعي يعد واجبا، إذا كان الاعتداء على النفس عند أغلب الفقهاء، أمـا إذا كان الاعتداء على المال، فهو جائز عند الأكثرين منهم؛ فعند **مالك** يعد الـدفاع عـن النفس واجبا، وكذلك على ظاهر مذهب **أبي حنيفة،** وعلى السائد في مذهب **الشافعي.** أما الراجح عند **أحمد** فهو أن الدفاع عن النفس جائز لا واجب؛ وهو قول في مذهب **مالك**.

أما الدفاع الشرعي عن المال، فهو جائز لا واجب عند أغلب الفقهاء؛ لأن المـال يباح بالإباحة دون النفس[1].

أما عن طبيعة الدفاع الشرعي في مجال الفقه الجنائي الوضـعي؛ فقـد اختلفـت الآراء بشأنها، وهل هو حق أم واجب أم رخصة. والراجح في نظرنا أنه رخصة يجـوز للمدافع أن يستعملها أو ألا يستعملها وفق تقديره، وهذه الرخصة فيها معنى التفويض من السلطات للمدافع باستخدام القوة عند اللزوم لدرء أخطار اعتداءات عن نفسه أو عن ماله أو عن عرضه، أو عن نفس الغير أو عن ماله أو عرضه. أما القول بأن الدفاع الشرعي

=

• يراجع في التفصيل: عودة، جـ١، ص ٤٧٢ وما بعدها؛ الجنزوري: الأسس العامة، ص ٥٥٢ ومـا بعدها؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ٦، ص ١٥٤، أبو زهرة: جـ١، ص ٥٥١.

1- عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، ص ٢٠٢.

حق[1]؛ فهو محل نظر؛ حيث لا يوجد التزام أو واجب يقابله ويقع على عـاتق شـخص معين، وكذلك القول بأنه واجب؛ حيث تقتضي مخالفة الواجب أو عدم القيام بـه فـرض جزاء معين، وهو ما لا يتفق مع معنى الدفاع الشرعي.

وتكييفنا له بأنه رخصة فيه معنى الجواز؛ يتفق مع الراجح في مـذهب **أحمـد**، وأحد الأقوال في رأي **مالك** كما أوضحنا؛ ولذا فإننا نعبر عنه بأنه "حالة"[2]، وهو حالـة ذات طبيعة موضوعية، وقد فصلنا ما يترتب على اعتبارها كذلك من آثار فـي مـستهل الكلام عن أسباب الإباحة بوجه عام.

تعريف الدفاع الشرعي وشروطه:

الدفاع الشرعي "حالة" يخول فيها شخص يسمى "المدافع" استخدام القوة اللازمـة، لرد اعتداء حال أو وشيك الوقوع، على نفسه أو ماله أو عرضه، أو على نفس أو مال أو عرض غيره، من شخص آخر يسمى "المعتدي".

وبناء على هذا التعريف نصنف شروط توافر حالة الدفاع الشرعي إلى صنفين:

أ- شروط في الاعتداء.

ب- شروط في الدفاع.

أولاً- الشروط المتطلبة في الاعتداء:

يشترط في الفعل الذي يبرر الدفاع الشرعي ما يلي:

الشرط الأول: وجود خطر يهدد بوقوع جريمة:

ويقصد بالخطر الأذى الذي يهدد بوقوع جريمة على نفس شـخص أو مالـه أو عرضه، أو على نفس أو مال أو عرض الغير[3].

=

1- انظر: ٢٤٨ من قانون العقوبات المصري، وانظر أيضا: علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٢٠.

2- انظر المادة ٣٣ من قانون الجزاء الكويتي؛ حيث عبرت عن الدفاع الشرعي بأنه "حالـة"، وكـذلك المادة المقابلة لها في القانون البحريني.

3- الدفاع الشرعي سبب مطلق في غالبية التشريعات، ويستفيد منه أي شخص سواء في ذلك من هـدد بالاعتداء أو غيره؛ أي أنه يصح أن يكون عن شخص المدافع أو عن غيره (انظر المواد ٢٤٥ عقوبات مصري، ٤٢ عقوبات عراقي، ٧٠ ليبي، ٣٢ كويتي، ٥٦ سوداني، ١٨٤ لبنـاني، ١٨٣ سـوري، ٦٠ أردني، ٨٣ مغربي، ٣٩ جزائري. أما القانون التونسي فقد خرج عن هذا الاتجاه، وقـصر الإباحـة إذا كان الدفاع الشرعي عن الغير على الأقارب؛ وهم الأقارب من طبقـة الأصـول والفـروع، والإخـوة

والعبرة هنا بوصف الفعل الذي ينذر بالخطر، وهل هو غير مشروع أم لا؛ لأنه إذا كان مشروعا أو مباحا فلا قيام لحالة الدفاع الشرعي؛ حيث "لا دفاع شرعي في الدفاع الشرعي"؛ فلو أن (أ) حاول أن يعتدي على (ب)، ودرأ (ب) الاعتداء؛ فلا يمكن لـ (أ) إذا ما أصاب (ب) في المرة الثانية أو قتله أن يتذرع بالدفاع الشرعي؛ لأنه البادئ بالعدوان.

ولكن ذلك لا يمكن القول به على إطلاقه؛ إذ الأمر يرتبط بشرط التناسب الذي سنتكلم عنه بعد قليل، ولذا يمكن القول بأنه يجوز للشخص أن يدافع عن نفسه ضد ضرر يخشى أن يصيبه، ولو كان سلوكه هو الذي تسبب في تهديده بهذا الضرر، ومثال ذلك أن يهم (أ) بصفع (ب) فيسارع (ب) إلى درء هذه الصفعة بمحاولة ضرب (أ) بمدية أو سكين؛ ففي هذه الحالة أوشك (ب) أن يتجاوز القدر اللازم لمقتضيات حالة الدفاع الشرعي، وهو ما يترتب عليه أن يكون لـ (أ) (ولو أنه البادئ بالاعتداء) أن يدافع عن نفسه ضد (ب) الذي أوشك أن يتجاوز الدفاع؛ لأن الرد بمدية أو بسكين يعتبر متجاوزا في الجسامة بالمقارنة مع مجرد صفعة، ويعتبر (ب) بسبب هذا التجاوز مهددا (أ) بضرر غير مشروع[1].

جواز الدفاع ضد غير المسئولين جنائيا:

وكما أشرنا فإن العبرة بالخطر تكون بالنظر إلى طبيعة الفعل في ذاته؛ أي بالنظر إليه مجردا عن القصد الجنائي أو الخطأ؛ ولذا يصح التذرع بالدفاع الشرعي ضد الاعتداءات التي توشك أن تقع من المجنون أو الصغير المميز أو غير المميز؛ لأن الفعل الصادر عن أي منهم يعد عملاً غير مشروع، ويصلح لأن يرتب القضاء عليه تطبيق التدابير الاحترازية الملائمة.

ومع ذلك فهناك رأي يذهب إلى أن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم ضد الصغير غير المميز أو المجنون؛ حيث لا تقوم الجريمة لانتفاء الركن المعنوي، وليس معنى ذلك أن المهدد باعتداء على وشك الوقوع عليه من مجنون أو من صغير غير مميز يتعين عليه أن يقف مكتوف اليدين؛ بل يجوز له أن يدرأ العدوان الذي يوشك أن يقع عليه تأسيسا على حالة الضرورة إذا توافرت شروطها[2].

والأخوات، والزوج والزوجة. أما إذا كان الشخص المعرض للخطر أجنبيا، فللمحاكم أن تجتهد في تحرير مسئوليته (مادة ٣٩ تونسي). انظر: محمود مصطفى: الأصول، ص ٥٢.

1- رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٣٨٣.

2- محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢١٣.

على أنه يلاحظ على هذا الرأي أن نطاق حالة الضرورة أضيق من نطاق حالـة الدفاع الشرعي؛ حيث تستلزم الأولى أن يكون الخطر جسيما، وأن يكون مهددا للنفس لا للمال، فلا يسعف الجاني دائما الاحتجاج بها[1]. وفضلاً عن ذلك فإن حالة الدفاع الشرعي لو توافرت فإنها ترفع المسئوليتين الجنائية والمدنية معا، بخلاف حالة الضرورة التـي لا ترفع إلا المسئولية الجنائية دون المدنية، إذا توافرت شروطها، يضاف إلى ذلك أن العبرة تكون بالنظر إلى طبيعة الفعل الذي يهدد بالخطر، وأنه صادر عن إنسان بغـض النظـر عن الركن المعنوي كما أشرنا.

ولقد جمع فقهاء الإسلام بين الصبي غير المميز والمجنون والحيوان عندما تكلموا عن حكم الدفاع الشرعي ضد الاعتداءات أو الأخطار الصادرة عنهم[٢]؛ فـذهب **مالـك والشافعي وأحمد** إلى أن المصول عليه في هذه الحالة يكون في حالة دفاع، فإذا قتـل أو جرح الصبي أو المجنون أو الحيوان، ولم يكن في وسعه إلا ذلك ليحمي نفسه من الصيال (الاعتداء)؛ فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية؛ لأنه كان يؤدي واجبه فـي دفع الصائل عن نفسه.

بيد أن **أبا حنيفة** وأصحابه (**عدا أبي يوسف**) يرون أن يكـون المـصول عليـه مسئولاً مدنيا عن دية الصبي والمجنون، وعن قيمة الحيوان؛ لأن الـدفاع شـرع لـدفع الجرائم، وعمل الصبي والمجنون وفعل الحيوان لا يعتبر جريمة، ويكون دفع الاعتـداء على أساس حالة الضرورة الملجئة.

ويرى **أبو يوسف** وجوب التفرقة بين صيال الصبي والمجنون، وهجوم الحيوان؛ فعمل الصبي والمجنون يعد جريمة، وينشئ حالة الدفاع الشرعي. وهجوم الحيوان لا يعد كذلك؛ وإنما ينشئ حالة ضرورة.

والصواب في نظرنا هو رأي **أبي يوسف**، وهو يتفق مع ما رجحناه قبل قليـل؛ حيث لا يسوغ اعتبار فعل الحيوان جريمة تنشئ حالة الدفاع؛ كما هو الحال وفقًا للـرأي الأول (**مالك والشافعي وأحمد**)، كما أن الأخذ بالرأي الثاني من شأنه أن يوقع المدافع في حرج لضيق نطاق الاستفادة من حالة الضرورة؛ بسبب ما تطلبه من شروط دقيقة، فضلاً عن أنه يترتب عليها – مع توافر شروطها - مسئولية مدنية؛ ولذا فإن الرأي الأخير هو الأصوب والموافق لمفاهيم الدفاع الشرعي وعلة تقريره.

=

[1] - انظر في التفصيل والمصادر:

عودة: جـ١، ص ٤٧٦؛ البهوتي: كشاف القناع، جـ١، ص ١٥٤.

[2] - نفس المرجع والموضع.

لكن هل يتوافر الدفاع الشرعي في حالة التلبس بالزنى؟

يرى البعض[1] أن الدفاع الشرعي يتوافر لو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني؛ كمن يفاجئ زوجته وهي متلبسة بالزنى، فيهم بقتلها هي ومن يزني بها.

ففي هذه الحالة يكون للزوجة ومن يزني بها أن يدفعا هذا الاعتداء الذي يوشك أن يقع عليهما، ويكون لهما أن يتذرعا بالدفاع الشرعي؛ لأن فعل الزوج يعد جريمة ويعاقب القانون عليه[2]، وإن كانت العقوبة مخففة لاعتبار الزوج معذورا.

وهذا الرأي صواب وفقًا للقانون المصري، والقوانين الأخرى المماثلة، التي تجعل من هذه الحالة عذرا قانونيا مخففًا لعقوبة الزوج.

لكن هذا الرأي لا يستقيم مع الفقه الجنائي الإسلامي؛ فقد سبق أن فصلنا في أكثر من موضع في هذه الدراسة، قضاء عمر بن الخطاب ﵁ [3]، وأن عمر قد اعتبر هذه الحالة عذرا معفيا من العقاب تماما، على الرغم من اختلاف الفقهاء في تعليل إباحة القتل في هذه الحالة.

ويترتب على اعتبار الحالة عذرا معفيا هنا إهدار دم الزاني المحصن والزانية المحصنة، وبالتالي لا تنشأ حالة الدفاع الشرعي للزوجة الزانية أو لشريكها، إذا دفعا أفعال الزوج بإصابته أو قتله؛ لأن فعله مشروع، ولا جريمة فيه، على خلاف الحال في غالبية القوانين الوضعية كما أشرنا.

جواز الدفاع ضد من يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية:

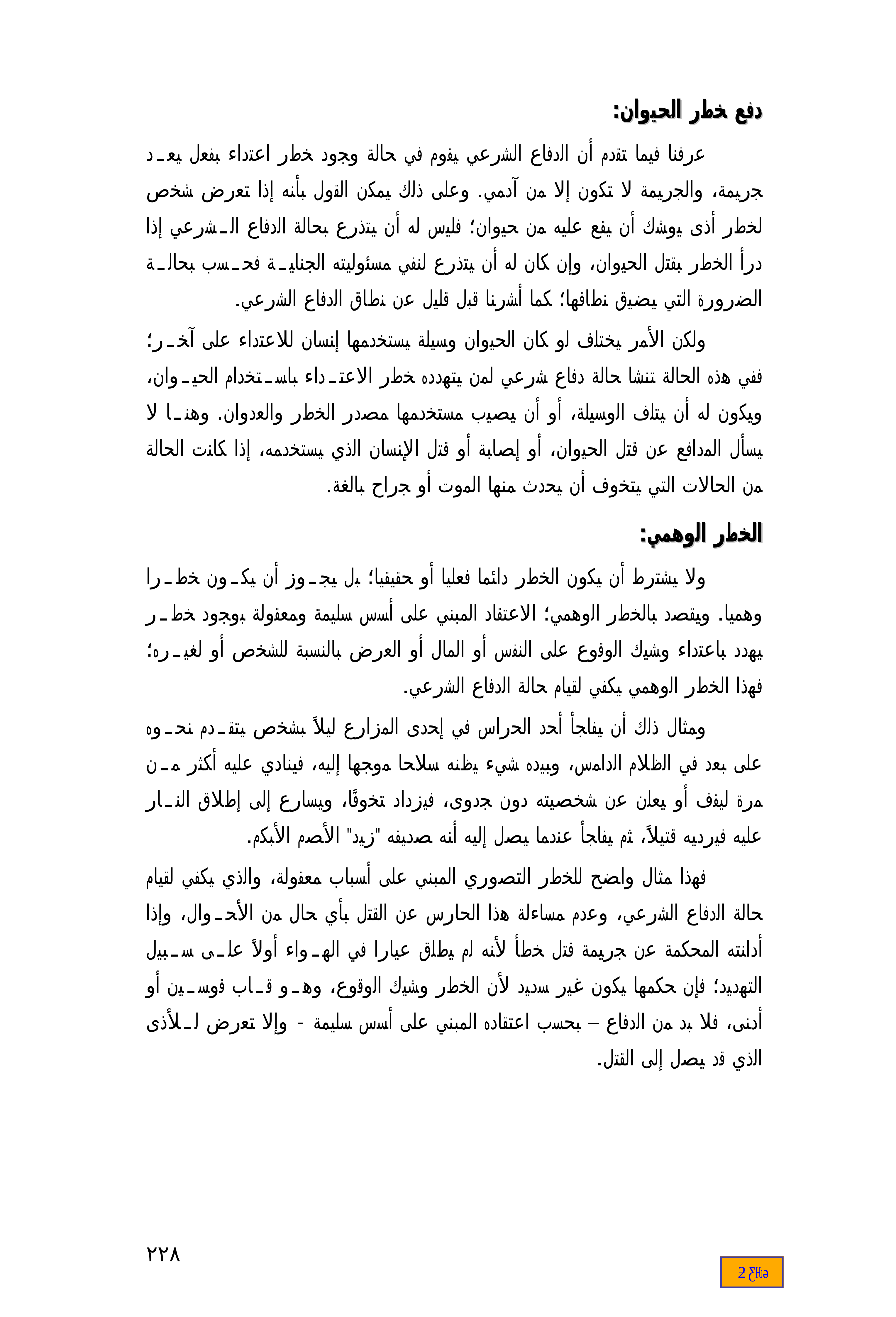
عرفنا فيما تقدم – عند الكلام على سريان النصوص الجنائية على الأشخاص- أن الأفعال التي يقترفها من تتوافر لديه حصانة دبلوماسية؛ تظل غير مشروعة، ما دامت تخضع لنصوص التجريم؛ حيث لا تزيل الحصانات الدبلوماسية عدم المشروعية عن الأفعال المجرمة، وإنما تحدث أثرها فقط فيما يتعلق بولاية القضاء، دون سلطة العقاب التي تظل للدولة التي وقعت الجريمة على إقليمها. وعلى ذلك فلو أن (أ) الدبلوماسي الذي تمتع بحصانة دبلوماسية هم بقتل أو جرح أو ضرب (ب)؛ فإن (ب) يكون في حالة دفاع شرعي، ولا تحول الحصانة دون تمكينه من رد أو دفع العدوان.

=

1- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٠٠، و٢٠١.

2- المادة ٢٣٧ عقوبات مصري.

3- راجع ما سبق تفصيله في هذا الصدد عند الكلام عن حكم النص الخاص، في جزئية التفسير في هذه الدراسة، وانظر: عودة، جـ١، ص ٥٤٠.



دفع خطر الحيوان:

عرفنا فيما تقدم أن الدفاع الشرعي يقوم في حالة وجود خطر اعتداء بفعل يعد جريمة، والجريمة لا تكون إلا من آدمي. وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا تعرض شخص لخطر أذى يوشك أن يقع عليه من حيوان؛ فليس له أن يتذرع بحالة الدفاع الشرعي إذا درأ الخطر بقتل الحيوان، وإن كان له أن يتذرع لنفي مسئوليته الجنائية فحسب بحالة الضرورة التي يضيق نطاقها؛ كما أشرنا قبل قليل عن نطاق الدفاع الشرعي.

ولكن الأمر يختلف لو كان الحيوان وسيلة يستخدمها إنسان للاعتداء على آخر؛ ففي هذه الحالة تنشا حالة دفاع شرعي لمن يتهدده خطر الاعتداء باستخدام الحيوان، ويكون له أن يتلف الوسيلة، أو أن يصيب مستخدمها مصدر الخطر والعدوان. وهنا لا يسأل المدافع عن قتل الحيوان، أو إصابة أو قتل الإنسان الذي يستخدمه، إذا كانت الحالة من الحالات التي يتخوف أن يحدث منها الموت أو جراح بالغة.

الخطر الوهمي:

ولا يشترط أن يكون الخطر دائما فعليا أو حقيقيا؛ بل يجوز أن يكون خطرا وهميا. ويقصد بالخطر الوهمي؛ الاعتقاد المبني على أسس سليمة ومعقولة بوجود خطر يهدد باعتداء وشيك الوقوع على النفس أو المال أو العرض بالنسبة للشخص أو لغيره؛ فهذا الخطر الوهمي يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي.

ومثال ذلك أن يفاجأ أحد الحراس في إحدى المزارع ليلاً بشخص يتقدم نحوه على بعد في الظلام الدامس، وبيده شيء يظنه سلاحا موجها إليه، فينادي عليه أكثر من مرة ليقف أو يعلن عن شخصيته دون جدوى، فيزداد تخوفًا، ويسارع إلى إطلاق النار عليه فيرديه قتيلاً، ثم يفاجأ عندما يصل إليه أنه صديقه "زيد" الأصم الأبكم.

فهذا مثال واضح للخطر التصوري المبني على أسباب معقولة، والذي يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي، وعدم مساءلة هذا الحارس عن القتل بأي حال من الأحوال، وإذا أدانته المحكمة عن جريمة قتل خطأ لأنه لم يطلق عيارا في الهواء أولاً على سبيل التهديد؛ فإن حكمها يكون غير سديد لأن الخطر وشيك الوقوع، وهو قاب قوسين أو أدنى، فلا بد من الدفاع – بحسب اعتقاده المبني على أسس سليمة - وإلا تعرض للأذى الذي قد يصل إلى القتل.

ويرى البعض[1] أن الخطر الوهمي لا يعدو أن يكون صورة "للغلط في الإباحة". وقد سبق أن تعرضنا له تفصيلاً.

الدفاع جائز لوقف العدوان:

وإذا كان الدفاع الشرعي قد أبيح لدرء خطر اعتداء بفعل يعد جريمة يوشك أن يقع، فإنه من باب أولى يباح للحيلولة دون استمرار الاعتداء الذي يقع بالفعل على نفس شخص أو على ماله أو على عرضه، أو على نفس أو مال أو عرض الغير؛ ففي هذا الفرض يكون العدوان قد وقع، ولكنه لم ينته؛ حيث يتأهب الجاني لتوجيه ضربة ثانية وثالثة إلى المعتدى عليه؛ ففي هذه الحالة بلا شك يصح الدفاع للمعتدى عليه ولغيره.

ولكن إذا انتهى الاعتداء بأن توقف المعتدي عن توجيه ضربات جديدة، أو إتيان سلوك إجرامي جديد؛ فإن حالة الدفاع تنتهي تبعا له، ولا يسوغ للمعتدي عليه أن يستخدم أي عنف ضد الجاني، وإلا عد منتقما، ويسأل عن أفعاله مسئولية عمدية.

والضابط في انتهاء العدوان هو إتمام الجاني الأفعال التي يريدها، وتحقق النتيجة الإجرامية. ولانتهاء العدوان صورة ثانية؛ حيث يقف نشاط الجاني سواء بإرادته أو جبرا عنه، فلا يكون الانتهاء فيها رهنًا بتحقق النتيجة الإجرامية كما في الشروع. والتحقق من الانتهاء يقتضي الرجوع إلى الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة، لمعرفة نتيجتها، والتأكد من اتخاذها صورة نهائية مستقرة؛ ففي جريمة القتل يعتبر الاعتداء منتهيا بتحقق نتيجته؛ وهي إزهاق روح المجني عليه، وفي الضرب تعتبر الجريمة منتهية بالصفعة الواحدة إذا لم يهم الجاني بتوجيه غيرها. وفي الحريق العمد تعتبر الجريمة منتهية بمجرد وضع النار في الأماكن المراد إحراقها، وفي السرقة تعتبر الجريمة منتهية بإخراج الجاني الشيء من حيازة المجني عليه[2].

ولكن كل ذلك لا يمنع المجني عليه – في غير حالة القتل - من تتبع الجاني للقبض عليه وتسليمه للسلطات.

=

1- انظر: محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة، ص ٣٦.

2- محمود نجيب حسني: النظرية العامة، ص ٢١٠.

وتطبيقًا لذلك فإذا اعتدى شخص على آخر بالضرب ثم فر فتتبعه المجني عليه لا للقبض عليه وإنما لضربه؛ فلا يمكنه الاحتجاج بالدفاع الشرعي، وكذلك الحال إذا تتبـع المسروق منه السارق لضربه، إذا فر هاربا وتخلى عن المسروقات[1].

ففي كل هذه الصور لا يسوغ للمجني عليه تتبع الجاني لإلحاق الأذى به؛ حيث يعد الاعتداء منتهيا، وكذلك حالة الدفاع.

عدم جواز الدفاع ضد الخطر المستقبل:

لا يجوز لشخص أن يتذرع بحالة الدفاع الشرعي إذا أحدث أذى بـشخص آخـر لأنه يهدده أو ينوي قتله، وكذلك الحال بالنسبة لشتى الأخطار المحتملة المستقبلة؛ حيـث يشترط لقيام حالة الدفاع – كما أشرنا - وجود خطر وشيك الوقوع، أو حـالي، ويقـوم المدافع بدفع الوشيك الوقوع، وبقمع ما وقع عليه فعلاً؛ ليحـول دون اسـتمراره وبلـوغ الأذى منتهاه.

الدفاع الآلي:

وفي هذا المقام تثار مسألة "الدفاع الآلي"؛ أي باستخدام الوسائل الآلية وما في حكمها؛ "كالكاب المدرب على مهاجمة اللصوص"، ومثال هذه الوسائل الآلية؛ الفخ، والكهرباء

أو السلاح الذي ينطلق تلقائيا.

فهل يجوز لصاحب الوسيلة الآلية (المعتدى عليه) أن يحتج بالدفاع الشرعي، إذا ترتب على عمل الوسيلة الآلية قتل الجاني أو جرحه؟

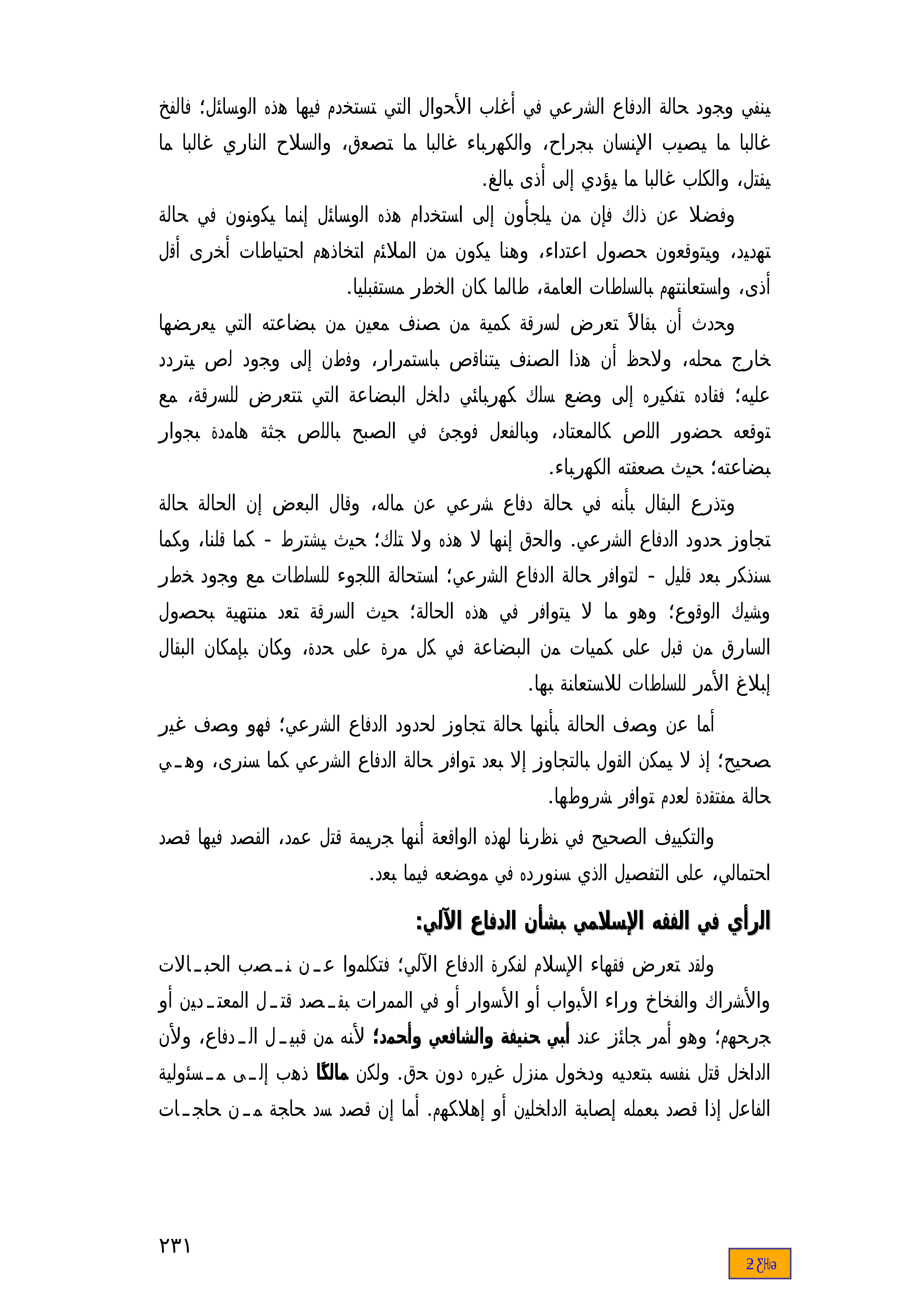
يرى البعض[2] أنه لا شك في قبول التذرع بالدفاع الشرعي في هذه الحالـة، إن توافرت شروطه، ومن أهمها ألا تعمل هذه الوسائل إلا إذا حل الخطر بالحق، وأن يكون الأذى الذي تحدثه داخلاً في حدود الدفاع؛ أي متناسبا مع الخطر، فإن انتفت هذه الشروط قامت المسئولية الجنائية طبقًا للقواعد العامة.

والشروط التي تضمنها الرأي السابق من شأنها أن تحول دون وقوع الأضرار التي يمكن أن تترتب على استخدام هذه الوسائل، ولكن تطبيق هذه الشروط بدقة من شأنه أن

=

[1]- نقض مصري، ٢٢ يناير ١٩٦٨، مجموعـة الأحكـام، س ١٩، رقـم ١٥، ص ٨٦؛ ٢٦ مـارس ١٩٧٢، المجموعة س ٢٣، رقم ١٠٤، ص ٤٦٩؛ ٣٠ إبريل ١٩٧٢، المجموعة س ٢٣، رقـم ١٣٩، ص ٦٢٢.

[2]- محمود نجيب حسني: النظرية العامة، ص ٢١٣.



ينفي وجود حالة الدفاع الشرعي في أغلب الأحوال التي تستخدم فيها هذه الوسائل؛ فالفخ غالبا ما يصيب الإنسان بجراح، والكهرباء غالبا ما تصعق، والسلاح الناري غالبا ما يقتل، والكلاب غالبا ما يؤدي إلى أذى بالغ.

وفضلا عن ذلك فإن من يلجأون إلى استخدام هذه الوسائل إنما يكونون في حالة تهديد، ويتوقعون حصول اعتداء، وهنا يكون من الملائم اتخاذهم احتياطات أخرى أقل أذى، واستعانتهم بالسلطات العامة، طالما كان الخطر مستقبليا.

وحدث أن بقالاً تعرض لسرقة كمية من صنف معين من بضاعته التي يعرضها خارج محله، ولاحظ أن هذا الصنف يتناقص باستمرار، وفطن إلى وجود لص يتردد عليه؛ فقاده تفكيره إلى وضع سلك كهربائي داخل البضاعة التي تتعرض للسرقة، مع توقعه حضور اللص كالمعتاد، وبالفعل فوجئ في الصبح باللص جثة هامدة بجوار بضاعته؛ حيث صعقته الكهرباء.

وتذرع البقال بأنه في حالة دفاع شرعي عن ماله، وقال البعض إن الحالة حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي. والحق إنها لا هذه ولا تلك؛ حيث يشترط - كما قلنا، وكما سنذكر بعد قليل - لتوافر حالة الدفاع الشرعي؛ استحالة اللجوء للسلطات مع وجود خطر وشيك الوقوع؛ وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة؛ حيث السرقة تعد منتهية بحصول السارق من قبل على كميات من البضاعة في كل مرة على حدة، وكان بإمكان البقال إبلاغ الأمر للسلطات للاستعانة بها.

أما عن وصف الحالة بأنها حالة تجاوز لحدود الدفاع الشرعي؛ فهو وصف غير صحيح؛ إذ لا يمكن القول بالتجاوز إلا بعد توافر حالة الدفاع الشرعي كما سنرى، وهـي حالة مفتقدة لعدم توافر شروطها.

والتكييف الصحيح في نظرنا لهذه الواقعة أنها جريمة قتل عمد، القصد فيها قصد احتمالي، على التفصيل الذي سنورده في موضعه فيما بعد.

الرأي في الفقه الإسلامي بشأن الدفاع الآلي:

ولقد تعرض فقهاء الإسلام لفكرة الدفاع الآلي؛ فتكلموا عـن نـصب الحبـالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في الممرات بقـصد قتـل المعتـدين أو جرحهم؛ وهو أمر جائز عند **أبي حنيفة والشافعي وأحمد؛** لأنه من قبيـل الـدفاع، ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخول منزل غيره دون حق. ولكن **مالكًا** ذهب إلـى مـسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم. أما إن قصد سد حاجة مـن حاجـات

المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه[1]. ورأي مالك أقرب إلى الدقة، والمراد منه تقـدير الإباحة في حالة الدفاع الشرعي؛ حيث يؤسس هذا الدفاع على وجود خطر اعتداء بفعـل يعد جريمة، يوشك أن يقع على النفس أو المال أو العرض، ويأتي تقرير الدفاع لدرء هذا الخطر أو رد الاعتداء إذا حلّ وقبل انتهائه. وفضلاً عن ذلك؛ فيجب أن يكـون الـدفاع بأيسر الوسائل، والفخاخ وسائر الوسائل الآلية التي تحدث جروحا أو قتلاً؛ لا تعـد فـي الغالب من الوسائل اليسيرة.

الشرط الثاني: استحالة اللجوء إلى السلطات:

لا يكفي وجود خطر اعتداء يهدد بوقوع جريمة على النفس أو المال أو العرض لتبرير الدفاع الشرعي؛ بل لا بد من توافر شرط آخر هو استحالة اللجوء إلى السلطات.

وتنص غالبية التشريعات على ذلك بقولها: ليس لهذا الحق وجود، متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة[2].

وهذا الشرط الثاني مستقل عن شرط حلول الخطر؛ إذ من المتـصور أن يكـون الخطر حالاً، ومع ذلك يمكن تدارك الضرر بالاحتماء برجال السلطة العامـة إذا كـانوا على مقربة من المعتدى عليه المهدد بالخطر، على أن ذلك يقتضي أن يكون لدى المهـدد بالخطر من الوقت ما يكفي لاتخاذ ذلك الإجراء قبل إيقاع الضرر. فإذا تعرض شـخص للسطو، ورأى اللص يتسور منزله؛ فإنه يكون في حالة دفاع شرعي إذا أصاب هذا اللص أو أحدث به أذى لدرء الخطر عنه، ولكن عليه أن يستعين برجل السلطة إذا كـان علـى مقربة منه[3].

=

1- عودة، جـ ١، ص ٤٧٧.

2- انظر المادة ٢٤٧ عقوبات مصري.

وقد حكم بأنه إذا كان التصوير الذي أخذ به الحكم المطعون فيه، وأسس عليه قضاءه؛ ينبئ في ظـاهره بأنه كان في مقدور المتهم وقد عاد إلى قريته ليحمل سلاحه ويطارد به الشبح؛ أن يحتمي برجال السلطة العامة لدفع العدوان الذي توهمه، فكان يتعين على المحكمة أن تستجلي هذا الأمر، وتظهر بأدلة سـائغة للوقوف على ما إذا كانت القوة التي استخدمها المتهم في دفع العدوان هي الوسيلة الوحيدة لبلـوغ تلـك الغاية، أو أنه كان في وسعه أن يتجنب استخدامها، باستعمال وسائل أخرى؛ كالالتجاء إلى رجال السلطة للاحتماء بهم. أما وإن لم يعرض الحكم لهذا البيان؛ فانه يكون قاصرا قصرا يعيبه، ويستوجب نقضه.

(نقض مصري، ٢٦ يناير ١٩٥٩، مجموعة الأحكام،= ١٠، رقم ٢١، ص ٨٣).

وانظر: رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٣٨٤).

3- محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٢٥.

فإذا توافر الخطر، واستحال اللجوء إلى السلطات العامة للاحتماء بها؛ نشأت حالة الدفاع الشرعي.

ثانيا- الشروط المتطلبة في فعل الدفاع:

لا تكون أفعال الدفاع مباحة إلا بتحقق شرطين هما:

١- شروط لزوم أفعال الدفاع.

٢- شرط التناسب.

وهنا يجب عدم الخلط بين شرط اللزوم وشرط التناسب؛ حيث يتصل الأول بالعنصر المادي في الدفاع، ويتعلق بكيفيته، بينما يتعلق الثاني بكميته[1] كما سنرى.

١- شرط لزوم أفعال الدفاع:

المقصود به: يقصد بهذا الشرط أن تكون أفعال الدفاع التي يأتيها المدافع لازمة لدرء الخطر أو وقف الاعتداء؛ ولذلك لا يقتضي توافر هذا الشرط المفاضلة بين وسيلة وأخرى، مادام من شأن الوسيلة المستعملة درء الخطر أو وقف الاعتداء، ولأن هذه المفاضلة تتعلق بشرط التناسب، الذي يهتم بكمية الدفاع لا بكيفيته.

وعلى ذلك فإذا قام (أ) بضرب (ب) بخشبة، واستمر في ضربه، ولم يجد (ب) أي طريقة لوقف هذا الاعتداء لا ضربة بمدية أخرجها من جيبه فقتلته؛ فإن (أ) يتوافر بالنسبة له شرط اللزوم؛ لأن استعماله للمدية أوقف العدوان بالفعل. ويكون في حالة دفاع شرعي متى تحققت قيود هذه الحالة – كما سنرى - وخاصة قيد حسن النية. أما عن عدم تناسب المدية مع العصا؛ فهذا أمر يتعلق بشرط التناسب، الذي يبحث في كمية الدفاع كما أشرنا.

ويفتقد شرط اللزوم، إذا أتى المدافع أفعالاً ليس من شأنها وقف العدوان، كما لو تعرض شخص لهجوم شخص آخر على أرضه بماشيته التي يرعاها؛ ففي هذه الحالة لا يسوغ لصاحب الأرض المزروعة أن يدفع هذا الاعتداء بضرب صاحب الماشية؛ لأن توجيه القوة إلى صاحب الماشية هنا ليس من شأنه أن يوقف الاعتداء، وإنما يتعين عليه أن يستخدم القوة في منع الماشية من إتلاف زراعته، وإخراجها من أرضه، فإن تعرض

=

[1]- محمود مصطفى، القسم العام، ص ٢٣١.

له صاحبها، ومنعه من إخراجها؛ ففي هذه الحالة يسوغ لـه أن يـستخدم القـوة ضـده، ويتوافر شرط اللزوم، وتقوم حالة الدفاع الشرعي[1].

وكذلك الحال لو أطلق شخص كلبا على شخص آخر؛ فليس للمعتـدى عليـه أن يوجه القوة التي يستخدمها إلى صاحب الكلب الذي يقف بعيدا، إلا إذا كان مـستمرا فـي تحريض الكلب، وكان من شأن توجيه القوة إليه وقف هذا التحـريض، وإيقـاف هجـوم الكلب بالتالي. أما إذا لم يكن في توجيه القوة إلى صاحب الكلب وقف الاعتداء؛ فإن شرط اللزوم يفتقد؛ حيث يتعين توجيه أفعال الدفاع إلى مصدر الخطـر أو الاعتـداء، بحيـث يترتب عليها درء الخطر أو وقف الاعتداء.

وإذا افتقد شرط اللزوم افتقدت بالتالي حالة الدفاع الشرعي، بخلاف الحال- كمـا سنرى- إذا اختل شرط التناسب.

اتقاء خطر أو ضرر الاعتداء بالهرب:

لا يلزم المدافع لاتقاء الخطر الذي يتهدده أو لوقف العـدوان الواقـع عليـه أن يهرب، إذا كان في استطاعته ذلك، متى كان الهرب مشينًا؛ حيث ينطوي في هذه الحالـة على الجبن الذي يتنافى مع الكرامة الإنسانية. أما إذا كان الهرب غير مشين، كما لو كان العدوان واقعا من الأب أو الأم و من صغير أو مجنون؛ فلا يـسوغ تركـه، واسـتعمال وسيلة دفاع أخرى تنطوي على استخدام القوة.

وعلى ذلك فإن الحكم الذي ينفي ما دافع به المتهم من أنه كان في حالـة دفـاع شرعي، بمقولة إنه كان في مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليـه؛ هـذا الحكم يكون مؤسسا على خطأ في تطبيق القانون؛ حيث لا يلزم القانون المدافع بـالهرب عند تخوف الاعتداء عليه[2].

العبرة بوقف الاعتداء مهما تكن الوسيلة:

وتباح أفعال الدفاع أيا كانت، متى كانت لازمة كما رأينا، وكان من شـأنها درء

=

[1]- انظر في هذا المعنى: نقض مصري، ٢٧ ديسمبر ١٩٢٨، مجموعة القواعـد، جـ ـ ١، رقـم ٧٦، ص٩٢).

[2]- عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، ٢١١؛ محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٣١.
وانظر: نقض مصري، ١٦ أكتوبر ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم١، ص١.

الخطر أو وقف الاعتداء. ويصح أن تكون بأي جريمة، فقد يكون الدفاع بالقتل[1]، أو بالضرب، أو بالجرح، أو بإتلاف مال، أو بارتكاب جريمة مخلة الحياء؛ كمن يتعرض لاعتداء وهو عارٍ في بيته، فيخرج عاريا إلى الطريق العام.

ولكن **هل يتصور القتل هنا مع سبق الإصرار و الترصد**[2]؟

نعم يتصور أن يلجأ المعتدى عليه إلى الدفاع عن نفسه بالقتل مع سبق الإصرار والترصد، ومثال ذلك أن يسافر أحد الأشخاص في طريق خطر، ويخشى أن يتعرض لقطاع طرق يتربصون للناس فيه، فيحمل معه سلاحا، ويعلق ارتكابه للقتل على وقوع اعتداء عليه. ومثال آخر لو فر المهدد باعتداء من شرير، وكمِن مختبئًا حتى يزول الخطر دون جدوى؛ فلم يجد وسيلة للنجاة بحياته إلا أن يطلق النار على هذا الشرير فيقتله، ومثال ثالث لو اختلى شخص بامرأة وأراد اغتصابها أو هتك عرضها؛ فلم تجد وسيلة لدرء هذا الخطر إلا أن تدس له السم في طعام أو شراب.

ففي كل هذه الصورة يكون المدافع في حالة دفاع شرعي، لمجرد توافر شرط اللزوم، بصلاحية الوسيلة المستخدمة لوقف الاعتداء، على الرغم مما يتصور أن يثار بشأن التناسب، وكمية الدفاع بشأن بعض هذه الحالات، إذا ثبت أنه كان في إمكان المدافع أن يتقي الاعتداء بوسيلة أخرى أقل ضررا.

٢- شرط التناسب بين الدفاع والاعتداء:

المقصود به: يتعلق شرط التناسب بكمية الدفاع، فإذا توافر شرط اللزوم، فإن حالة الدفاع الشرعي تتوافر، ولكن لا تنتفي المسئولية تماما إلا بتوافر شرط آخر؛ هو شرط التناسب، حتى لا يفرط المدافع في استعمال القوة.

ويجب ألا يقدر التناسب هنا بالمقارنة بين الضرر المترتب على الاعتداء، والضرر المترتب على الدفاع؛ وإنما يكون محل المقارنة بالضرر الذي أحدثه المدافع فعلاً على سبيل الدفاع، وما كان في وسعه أن يحدثه من أضرار أخف. فإذا ثبت أنه كان بمقدور المدافع أن يدرأ الخطر و يوقف الاعتداء بضرر أهون وأخف؛ كان معنى ذلك

=

[1]- لا تجيز غالبية التشريعات القتل العمد دفاعا عن المال إلا في أحوال محددة: (انظر على سبيل المثال المادة ٢٥٠ عقوبات مصري).

[2]- انظر: محمود مصطفى: القسم العام، ص ٢٣٢، امش ١.

وانظر أيضا: محمد مصطفى القللي، المسئولية الجنائية، ٣٥٠.

إخلالاً من جانبه بشرط التناسب، أو إخلالاً بالتناسب بين الاعتداء والمدافعة، ونكون أمام حالة تجاوز الحدود الدفاع الشرعي[1].

وهنا يتضح الفرق بين شرط اللزوم وشرط التناسب، فالإخلال بـشرط اللـزوم يترتب عليه فقدان حالة الدفاع الشرعي تماما، والإخلال بشرط التناسب لا يخل بقيام حالة الدفاع الشرعي؛ وإنما يعرض المدافع للمساءلة الجنائية والمساءلة المدنية عـن تجـاوز حدود الدفاع الشرعي.

معيار التناسب:

ويقاس التناسب بمعيار موضوعي وشخصي في الوقت ذاته؛ فيجب أن يراعـي عند قياس هذا التناسب ما كان يفعله الرجل العادي إذا وجد في نفس ظـروف المـدافع، وكانت في متناول يده نفس الوسائل للدفاع، مع دقة الموقف الذي يفاجأ فيه المدافع بخطر داهم، فلا تكون لديه القدرة على التفكير الهادئ، وإقامة التوازن والنظر في التناسب مـن عدمه، كما يجب أن يراعى الجانب الشخصي للمدافع، وكونه ذكـرا م أنثـى، شـابا أم عجوزا، قويا من الناحية البدنية م ضعيفًا.... إلخ، كما يتعين أن تراعى بعض الظـروف المكانية والزمانية الأخرى؛ مثل وقوع الجريمة في الفلاة أو في العمران، وليلاً أم نهارا. ولدقة هذه الأمور، وصعوبة قياس هذا التناسب؛ استقر الفقه على أنه يكفي لتوافر شـرط التناسب ألا يكون عدم التناسب ظاهرا[2].

=

[1]- رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٣٩٤.

[2]- الجنزوري: الأسس العامة، ص ٥٢٥؛ عامر: شرح الأحكام للجريمة، ص ٢١٢.

وتطبيقًا لذلك ألغت محكمة النقض الإيطالية حكما أصدرته محكمة جنايات تورينو بإدانة مـتهم ارتكـب قتلاً في الظروف الآتية:

"كان المتهم في غرفة النوم مع زوجته، حين اقتحمها المجني عليه، واعتدى بالـضرب علـى زوجـة المتهم، مهددا إياها والمتهم بالقتل، فجاء حفيدهما وأخرج المجني عليه (المعتدي) إلى فناء المنزل، غير أن هذا الأخير استمر في تهديد المتهم (المعتدى عليه) وزوجته، وأخذ يحاول تسلق شرفة المنزل، ويلقي الأوعية على زجاج النوافذ، كما ألقى بها على الواجهتين الزجاجتين لسيارتين يملكهما المتهم فحطمهما. وإذ كان المتهم معتصما داخل المنزل؛ أطلق ثلاثة أعيرة نارية على ذلك المعتدي، غير أن الأخيـر لـم يتوقف رغم الأعيرة عن المضي في اعتدائه، وهم ناحية الأرض يلتقط أوعيـة أخـرى، يـوالي بهـا التخريب، فكان أن أطلق عليهم المتهم عيارا رابعا أرداه قتيلاً. وقد استند الحكم بإدانة المتهم على كـون هذا الأخير استخدام سلاحا ناريا قاتلاً، مع أنه كان في وسعه هو وزوجته وحفيده درء الاعتداء بـالقوة البدنية المجردة، باعتبارهم ثلاثة يواجهون واحدا. غير أن محكمة النقض استبعدت هذه الحجة بقولها إنه لم يكن لزاما على هؤلاء الثلاثة استخدام وسيلة فيها ما يعرض للخطر سلامة أبدانهم، وذلك إشفاقًا على

قيود استخدام القوة للدفاع:

إن توافر الشروط السابقة أمر لازم لقيام حالة الدفاع الشرعي، ولكن الإباحة فـي هذه الحالة تتوقف على الالتزام بقيدين جوهريين؛ الأول: قيد حسن نية المدافع، وهو قيـد عام في جميع حالات الإباحة، والثاني: قيد يتعلق بتعطيل الدفاع الشرعي فـي مواجهـة مأموري الضبط[1].

القيد الأول: حسن نية المدافع:

إن غاية الدفاع الشرعي كما عرفنا هي درء الخطر أو وقف العدوان، ويجب أن يلتزم المدافع في دفاعه بتحقيق هذه الغاية؛ فإن تجاوزها إخلالاً بشرط اللزوم كما رأينـا، ضاعت حالة الدفاع الشرعي، وإن تجاوزها إخلالاً بشرط التناسب فحسب كما أوضـحنا؛ تأثرت حالة الدفاع الشرعي القائمة بشروطها، وكانت الحالة حالة تجاوز حدود الدفاع.

وبناء على ذلك يمكن القول إن المدافع يكون سيء النية **إذا وجه الدفاع إلى غير مصدر الاعتداء، وإذا استمر في استخدام القوة رغم زوال الخطر، أو توقف العدوان بتمام وقوع الجريمة.** وقد بينا فيما سبق المقصود بانتهاء العدوان.

القيد الثاني: تعطيل الدفاع الشرعي في مواجهة مأموري الضبط:

يمارس مأمور الضبط سلطاته أداء لواجب كما شرحنا تفصيلاً في الفصل السابق، وهو في ممارسته لهذه السلطات قد يقوم بعمل قانوني، كما قد يقوم بعمل غير قـانوني،

شخص كان متجنيا معتديا. وقررت المحكمة أنه حتى مع التسليم بأن المتهم كان يدافع شرعا عن ماله لا عن نفسه؛ **فإن العبرة في القول بتناسب الدفاع مع الاعتداء ليست بقيمة المال المـراد الـدفاع عنـه؛ وإنما العبرة في ذلك بالمقارنة بين الوسيلة التي استخدمها المدافع فعلاً، وتلـك التـي كانـت تحـت تصرفه، وكان في وسعه أن يستخدمها، فمتى استخدم الوسيلة الوحيدة التي كانت تحـت يديـه، فـلا تثريب عليه".**

كما حكم ببراءة متهم نسب إليه أنه: "بينما كان جالسا في مقهى، رأى سكرانًا يقع على الأرض.. فعاونه على النهوض، غير أن السكران بعد أن نهض على قدميه انهال باللكمات على المتهم، فـأراد هـذا أن يباعد بينه وبين السكران، ويحول دون موالاة الاعتداء، إذ ضرب بقبضته صدر السكران وقع هذا على الأرض وارتطمت رأسه بها، فحمل إلى محله ثم إلى منزله حيث مات في اليوم التالي بـسبب الكـسور التي أصابت دماغه نتيجة لوقوعه. ورأت المحكمة أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، وأنه لم يكن في وسعه – والمناضد والمقاعد محيطة به تعوق حركته – استخدام وسيلة أخرى أخـف مـن تلـك التـي استخدمها فعلاً ليدرأ بها الاعتداء".

انظر في هذه الأحكام وغيرها: (رمسيس بهنام: النظرية العامة، ص ٣٩٥).

[1]- علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٣٢.

ويكون ما يصدر عنه من أفعال تمس الحقوق والحريات أحيانًا مباحا، متى توافرت عـدة شروط فصلناها في موضعها.

وبناء على ذلك يمكن القول بأنه لا يجوز – وفقًا لما هـو مقـرر فـي غالبيـة التشريعات – التذرع في مواجهة مأمور الضبط بالدفاع الشرعي، ومقاومته، أو اسـتخدام القوة معه، ولو كانت ممارسته لسلطاته بناء على عمل غير قانوني. فلو فرضنا أن أحـد مأموري الضبط توجه للقبض على شخصن بناء على أمر بالقبض يشوبه عيب قـانوني؛ كأن يكون صادرا من شخص غير متخصص (نوعيا، أو شخصيا، أو زمانيا، أو مكانيا)، دون أن يعلم مأمور الضبط بهذا العيب؛ فلا مسئولية عليه فيما يقوم به من أعمال للقبض على الشخص بناء على هذا الأمر المعيب، ولا يجوز للشخص المطلوب القبض عليه أن يستخدم القوة مع المأمور متذرعا بحالة الدفاع الشرعي.

ولكن يشترط لتعطيل الدفاع الشرعي في هذه الحالة أن يتوافر حسن النيـة لـدى مأمور الضبط بألا يعلم بالعيب، أو "يخرج عن حدود اختصاصاته القانونية"، وأن لا يأتي عملاً في مواجهة من يمارس السلطة عليه، يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة، متى كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

والفصل في توفر حسن النية من عدمه في مثل هذه الأحوال هـو ممـا يتعلـق بالوقائع، ويترك الأمر بشأنه لتقدير قاضي الموضوع، دون أن تملك محكمة النقض رقابة عليه[1]، وكذلك الحال بالنسبة لما يعتبر معقولاً أو غير معقول من الأسباب.

عوارض الدفاع الشرعي[٢]:

قد تعترض حالة الدفاع عوارض أو ملابسات، تثير التساؤل، وأهمها:

١- مركز الشريك مع المدافع.

٢- أثر الغلط في الشخص أو الحيدة عن الهدف.

٣- حكم الخطأ الواقع من المدافع أثناء ممارسة أفعال الدفاع.

٤- تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

=

[1] - علي راشد: نفس المرجع، ص ٥٣٨، وص ٥٤٥ وما بعدها؛ محمود مصطفى: القـسم العـام، ص ٢٤٣ وما بعدها؛ محمود نجيب حسني: النظرية العامة، ص ٢٢٨ وما بعدها.

[2] - نفس المرجع والموضع.

١- مركز الشريك مع المدافع:

من المتصور ألا يقوم المعتدى عليه بالدفاع عن نفسه بنفسه بل يعاونه شـخص آخر؛ بتقديم المساعدة له لتمكينه من درء الخطر أو وقف الاعتداء. ولكن ما هو أسـاس إباحة عمل الشريك في هذه الحالة؟ قد يقال إن عمل الشريك في هذه الحالة يكون مباحا، لتخلف الشرط اللازم لتجريم فعله؛ وهو أن يرتبط بجريمة، ولكن التأصيل القانوني السليم لإباحة عمل الشريك في هذه الحالة أنه في حالة دفاع شرعي فعلاً؛ لأن الدفاع الشرعي – كما رأينا - يكون عن نفس الشخص أو نفس غيره، ولا يشترط في الدفاع الشرعي عـن الغير أن يتولى المدافع مهمة الدفاع برمتها؛ بل من الممكن أن يتم هذا الدفاع في صـورة تقديم العون للمعتدى عليه لتمكينه من الدفاع في موقف حرج. ويجب في هذه الحالـة أن تتوافر حالة الدفاع الشرعي بالنسبة للشريك، بشروطها وقيودها الموضحة تفصيلاً فيمـا سبق، وبخاصة قيد حسن النية، وهو يقتضي أن يسعى الشريك من وراء تدخله في الدفاع إلى ذات الغاية التي شرع من أجلها الدفاع الشرعي؛ وهي درء الخطر أو وقف الاعتداء.

أما لو كان الشريك سيء النية؛ فإنه يكون مجرما، ويسأل مسئولية عمدية، ومثال سوء نية الشريك أن يوهم هذا الأخير الفاعل بوجود خطر اعتداء يوشك أن يقع عليه، ويحفزه على استخدام القوة لدرء هذا الخطر الوهمي، ويقدم له سلاحا لهذا الغرض[1]. ومثال آخر أن ينتهز الشريك فرصة محاولة خصم له الاعتداء على شخص ما؛ فيتدخل لا من أجل الدفاع، وإنما من أجل الانتقام منه تحت ستار تقديم العون للمعتدى عليه.

ففي هذين المثالين يكون الشريك مجرمـا لـسوء نيتـه، ويـسأل عـن أفعالـه مسئولية عمدية.

٢- أثر الغلط في الشخص والحيدة عن الهدف:

يقصد بالغلط في الشخص أن تصيب أفعال الدفاع غير مصدر الاعتـداء بحـسن نية. ومثال ذلك أن يتلقى (ب) ضربة من (أ) الذي يختفي خلف (ج) فور اعتدائه، فيعتقد (ب) أن (ج) هو مصدر الضربة، كما يعتقد أنه مستمر في الضرب، فيستخدم القوة ضده لوقف الاعتداء، ومثال آخر أن يستيقظ "المدافع" ليلاً على صوت حركة في منزلـه، ثـم يشاهد شخصا يتنقل داخل المنزل في الظلام، فيعتقد أنه لص، فيطلق عليه النار ويصيبه، ثم يتضح له بعد ذلك أنه خادمه الذي كان قد استيقظ بدوره على حركة غير عاديـة فـي

=

[1]- علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٤٦.

المنزل، واتجه إلى مصدرها ليتحرى الأمر[1]، وهنا يؤثر الغلط في الشخص في مسئولية المدافع، ويكون في حالة دفاع شرعي؛ كما يصح تأسيس الإباحة علـى فكـرة الخطـر الوهمي التي فصلناها سابقًا.

أما عن الحيدة عن الهدف؛ فيقصد بها أن تصيب أفعال الدفاع أيضا غير الهـدف المقصود، إما لعدم القدرة على استعمال السلاح، أو لضعف البصر، أو لأي سبب آخـر. ويشترط في هذه الحالة أيضا توافر حسن نية المدافع. ومثال الحيدة عن الهدف أن يفاجـأ شخص بالاعتداء عليه، فيسارع إلى وقف الاعتداء باستعمال سلاحه؛ حيث يوجه النـار إلى المعتدي، بيد أنه يخطئ الهدف، ويصيب طفلاً أو شخصا تـصادف مـروره أثنـاء الحادث، أو يحدث حريقًا في مكان وصلت إليه الأعيرة النارية المستخدمة فـي الـدفاع؛ فللمدافع في هاتين الحالتين أن يتذرع بالدفاع الشرعي لتوافر حسن نيتـه دون أن يكـون لهذا العارض بصورته الأولى أو صورته الثانية أي أثر في الإباحة.

٣- وقوع خطأ غير عمدي من المدافع:

من المتصور أن يكون المدافع مهملاً، أو متهورا أو طائشًا، وهو يستعمل أفعـال الدفاع، وقد يرجع ذلك إلى عدم تحمله دقة الموقف وصعوبته. وهنا تدق التفرقة بين هذه الحالة وحالة الغلط في الشخص أو الحيدة عن الهدف، وإن توافر حسن النية في الحالتين. والفرق بين الحالتين أنه في الأولى لا يمكن نسبة إهمال أو رعونة، أو أي صور أخـرى من صور الخطأ غير العمدي إلى المدافع، بينما يمكن في الثانية نسبة الخطأ غير العمدي إليه؛ حيث تفيد ظروف الدفاع أنه كان بإمكانه أن يتخذ الحيطة اللازمة، وهـو يـستخدم القوة؛ ولذا يسأل المدافع في هذه الحالة الأخيرة عن جريمته مسئولية غير عمدية.

ومثال ذلك أن يفاجأ "المدافع" بحركة في منزله ليلاً، فيطلق النار صوب مـصدر الحركة فورا، دون ترو أو تحر عن حقيقة الموقف، فيصيب زوجته ويقتلها؛ فالمدافع هنا لابس دفاعه خطأ غير عمدي، ويسأل عن جريمة خطئية هي القتل الخطأ[2].

ومثال آخر أن يفاجأ المدافع برجل يضرب ولدا، فيسارع إلى ضـرب الرجـل بقبضة يده، فيحدث له جرحا، ثم يكتشف بعد ذلك أن الرجل يؤدب ابنه، وهي حالة مـن حالات الإباحة؛ فهنا تدخل "المدافع" للدفاع عن الغير دون استفسار أو ترو أو تحر عـن حقيقة الأمر؛ ولذا يسأل عن جريمة خطئية؛ هي جريمة الجرح الخطأ.

=

1- نفس المرجع، ص ٥٤٧.

2- نفس المرجع، ص ٥٤٨.

٤- تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

معنى التجاوز: يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعي؛ الإخلال بشرط التناسب المتعلق بكمية الدفاع كما أوضحنا. فحالة الدفاع الشرعي تقوم بتوافر الشروط المتطلبة في الاعتداء؛ وهي وجود خطر يهدد بوقوع جريمة، أو وجود اعتداء مستمر بالفعل، وكذلك بتوافر شرط اللزوم المتعلق بكيفية الدفاع، ويتوافر هذا الشرط الأخير بأي وسيلة من شأنها أن تحقق الغاية التي شرع من أجلها الدفاع الشرعي؛ وهي درء الخطر، أو وقف الاعتداء الحال، ثم يشترط بعد ذلك لعدم المساءلة مطلقًا شرطًا آخر هو شرط التناسب بين الدفاع والاعتداء على التفصيل الذي أوردناه فيما سبق. وقد عرفنا أن الإخلال بشرط اللزوم لا يعد تجاوزا لحالة الدفاع الشرعي، وإنما يكون من شأنه القضاء على حالة الدفاع تماما لخروج الشخص المخل بشرط اللزوم عن الغاية من الدفاع، واستخدام وسيلة للدفاع ليس من شأنها درء الخطر أو وقف الاعتداء، وبذلك يصبح فعله غير مشروع، ويسأل مسئولية عمدية. أما التناسب فهو أمر تقديري يترك لتقدير محكمة الموضوع، وفق معيار موضوعي وشخصي في ذات الوقت. ويكفي للقول باختلال هذا الشرط أن يكون عدم التناسب ظاهرا. وإذا كان الأمر كذلك فإن الأفعال التي تقع بالتجاوز لحدود الدفاع الشرعي تكون غير مشروعة.

ولا يمكن البحث في تجاوز حدود الدفاع الشرعي إلا بعد التثبت من توافر الشروط والقيود اللازمة لقيام حالة الدفاع الشرعي أولاً. ومثال ذلك ما رأيناه قبل قليل عند الكلام عن "الدفاع الآلي"، من عدم جواز وصف فعل القتل الذي حصل بالكهرباء لسارق البقال، بأنه تجاوز لحدود الدفاع الشرعي؛ لأن شروط وقيود قيام حالة الدفاع الشرعي غير متوافرة في هذه الحالة.

حكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

عرفنا أن الأفعال التي تقع بالتجاوز لحدود الدفاع الشرعي تكون مشروعة. وتتفق غالبية التشريعات على أن يكون القاضي بالخيار بين أن يعامل المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي، وفقًا لأحكام الظروف القضائية المخففة، فيكون التخفيف جوازيا في الأصل، ولكن وفق درجات لا يملك القاضي تجاوزها[1]، أو أن يعامله وفق نص آخر تورده

=

[1]- ويحكم القاضي في ذلك في مصر، وفق المادة السابعة عشرة من قانون العقوبات المصري، وهي تنص على ما يلي:

"يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة؛ تبديل العقوبة على الوجه الآتي:

غالبية التشريعات، وتقرر به عذرا يسمى "عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي"، وبموجب هذا العذر يملك القاضي سلطة أوسع في النزول بعقوبة الجنائية عما تخوله له نصوص التخفيف الجوازي وفق درجات معينة كما رأينا؛ ففي مصر مثلاً لا يملك القاضي إذا طبق أحكام الظروف المخففة (المادة ١٧) على المتجاوز الذي يقتل بحسن نية وهو يدافع عن نفسه مع الإخلال بشرط التناسب؛ لا يملك إلا أن ينزل على أقصى تقدير إلى عقوبة السجن، وحدها الأدنى في القانون المصري ثلاث سنوات[1]، بينما يكون له أن يحكم فقط بالحبس تطبيقًا للنص المقرر لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي[2]، والحد الأدنى لعقوبة الحبس في القانون المصري هو أربع وعشرون ساعة فقط؛ حيث يفرق القانون بين السجن والحبس.

ويجمع سبب التخفيف الذي تنص عليه غالبية التشريعات، والذي يقرر عذرا في شأن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، بين خصائص الظروف القضائية (الجوازية)، وخصائص الأعذار القانونية (الوجوبية)؛ فالتخفيف وفقًا للنصوص المقررة لهذا العذر جوازي، ولكن التشريعات قد حرصت على النص عليه وتحديد سببه؛ لكي توحي للقاضي بوجوب أخذ المدافع المتجاوز بحسن نية لحدود الدفاع الشرعي بالرأفة[3]، ولا جدوى من تطبيق النص المقرر للعذر في حالة ما إذا كان الفعل الذي وقع من المدافع المتجاوز مجرد جنحة؛ لأن القاضي في البلاد التي تورد مثل هذا النص يملك أن ينزل بالحبس في

- عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.
- عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن.
- عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور.
- عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور".

ويلاحظ على هذا النص والنص المماثل له في قانون العقوبات اللبناني؛ أنه خالف القاعدة اللغوية في الاستبدال؛ حيث يتعين أن يدخل حرف "الباء" على المتروك، وكان الصواب في هذا النص أن يقال: عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة بعقوبة الإعدام.. وهكذا بالنسبة لباقي درجات التبديل والتخفيف.

1- المادة ١٦ عقوبات مصري.

2- وهو نص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصري؛ حيث يقول: "لا يعفي من العقاب بالكلية؛ من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه، دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع.

ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا، إذا رأى لذلك محلا، وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون.".

3- محمود نجيب حسني: النظرية العامة، ص ٢٣٨؛ علي راشد: مرجع سابق، ص ٥٥١.

الجنح إلى أربع وعشرين ساعة[1]، دون حاجة إلى اللجوء إلى نص العذر. ولـذا تكـون الجدوى من الاستفادة بهذا النص في مواد الجنايات.

أثر الدفاع الشرعي:

إذا توافرت حالة الدفاع الشرعي بشروطها وقيودها؛ كانت أفعال الدفاع مباحـة، وكان المدافع غير مسئول، لا من الناحية الجنائية، ولا من الناحية المدنية. ولا أثر علـى عدم مسئوليته من وقوعه بحسن نية في غلط في الشخص، أو حيدة عن الهـدف، علـى التفصيل الذي أوردناه قبل قليل.

ولما كانت حالة الدفاع الشرعي ذات طبيعة موضوعية؛ فيـستفيد منهـا جميـع المساهمين مع المدافع بحسن نية في رد الاعتداء، وإن صح تأصيل عدم مسئوليتهم على أساس أنهم أنفسهم في حالة دفاع شرعي كما أشرنا.

=

1- المادة ١٨ عقوبات مصري.

أهم المراجع

أولاً: باللغة العربية:

أ ـ الكتب والمقالات:

- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٦م.
- أبو الفداء إسماعيل بن كثير: السيرة النبوية، تحقيق مصطفى عبد الواحد، القاهرة، ١٣٨٥ هـ، ١٩٦٥م، الجزء الثالث.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، بيروت، ١٣٧٤ هـ/ ١٩٥٥م، الجزءان السادس والثالث عشر.
- أبو محمد عبد ا بن قدامة: المغني، القاهرة، ١٣٨٨ هـ/ ١٩٦٨م، الجزءان الثامن والعاشر.
- أبو يعلي الفراء: الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، القاهرة، ١٣٥٧ هـ .

أحمد فتحي سرور:

١- أصول قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، القاهرة، ١٩٧٢م.

٢- أصول السياسة الجنائية، القاهرة، ١٩٧٢م.

٣- محاضرات في علم الإجرام، دبلوم العلوم الجنائية، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ١٩٦٣-١٩٦٤م.

- أحمد محمد غنيم: تطور الفكر القانوني، دراسة تاريخية في فلسفة القانون، القاهرة، ١٩٧٢م.
- أكرم نشأت إبراهيم: الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٦٥م.
- بدران أبو العينين بدران: أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، بدون تاريخ.
- ج. رانسون: فن القضاء، ترجمة أحمد رشدي، القاهرة، ١٩١٢م.
- حسن صادق المرصفاوي: علم الإجرام والعقاب في مصر، الإسكندرية، ١٩٧٣م.
- حسن علام: توجيه جديد للسياسة الجنائية، مجموعة أعمال الحلقة الأولى للدفاع الاجتماعي، القاهرة، ١٩٦٦م.

حسنين عبيد:

١- النظرية العامة للظروف المخففة، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٧٠م.

٢- شكوى المجني عليه، القاهرة، ١٩٧٥.

- رءوف عبيد: مبادئ علم الإجرام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٢م.

رمسيس بهنام:

١- الجريمة والمجرم والجزاء، الإسكندرية، ١٩٧٣م.

٢- النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٧١م.

- السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٦٢م.

سمير الجنزوري:

١- مبادئ قانون العقوبات، القسم العام مقارنًا بأحكام الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٧١م.

٢- الأسس العامة لقانون العقوبات.

- سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، ١٩٧٤م.
- سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٧م.
- السيد يس: السياسة الجنائية المعاصرة، القاهرة، ١٩٧٣م.
- طه أبو الخير: حرية الدفاع، الإسكندرية، ١٩٧١م.
- الطاهر أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٣م، الجزء الثالث.
- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٣٩٢ هـ، الجزء الخامس.

عبد العزيز عامر:

١- التعزير في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٦٩م.

٢- شرح الأحكام العام للجريمة في القانون الليبي، بنغازي، ١٩٧٤م.

عبد الفتاح خضر:

١- التعزير والاتجاهات الجنائية المعاصرة، من مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٩ هـ.

٢- الحكم حيث ينعدم النص الجنائي، مجلة الإدارة العامة، العدد ٢٢، الرياض، ١٣٩٨ هـ.

٣- الأوجه الإجرائية للتفريد القضائي، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٧٥م.
- عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنًا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ، جزءان.
- عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، القاهرة، ١٩٧٢م.
- علي راشد:
١- القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٤م.
٢- نحو مفهوم عربي لسياسة الدفاع الاجتماعي للجريمة، مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي، القاهرة، ١٩٦٦.
- علي علي منصور: نظام التجريم والعقاب في الإسلام، المدينة المنورة، ١٩٧٦م.
- فؤاد حمزة: البلاد العربية السعودية، الرياض، ١٩٦٨م.
- ف. جراماتيكا: المبادئ الأساسية لفكرة الدفاع الاجتماعي، مجموعة أعمال الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي، القاهرة ١٩٦٦م.
- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، ١٣٢٨ هـ، الجزء السابع.
- محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٧٦م.
- محمد حسين الذهبي: التفسير والمفسرون، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٧٦م.
- محمد سامي النبراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، بنغازي، بدون تاريخ.
- محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، القاهرة، ١٩٧٩م.
- محمد الفاضل: محاضرات في تسليم المجرمين، القاهرة، ١٩٦٦م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الرياض، بدون تاريخ.

محمود محمود مصطفى:

١- شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، ١٩٦٩م.
٢- أصول قانون عقوبات الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
٣- مسئولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، س ١٨، ١٩٤٨م، العدد الثاني.

محمود نجيب حسني:

١- شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بيروت، ١٩٦٨م.

٢- شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، ١٩٧٧م.

٣- أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، ١٩٦٨م.

٤- علم العقاب، القاهرة، ١٩٦٧م.

- ناصر بن حمد الراشد: أثر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مكافحة الجريمة، الندوة العلمية لدراسة تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي، الجـزء الأول، الرياض، ١٣٩٦ هـ .
- يسر أنور علي وآمال عثمان: علم العقاب، القاهرة، ١٩٧٢م.

(ب) مجموعات تشريعية وقضائية:

- الموسوعة التشريعية الحديثة: قوانين وقرارات ومبادئ محكمة النقض، ٢٦ مجلدا، حسن الفكهاني، القاهرة، ١٩٦٤م.
- المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية، الجزء الأول، جمع وترتيب حمد يوسف العيسي، الكويت، ١٩٦٧م.
- مجموعة التشريع السوري، وزارة العدل السورية، دمشق، ١٩٥٣م.
- مجموعة التشريع اللبناني، الجزء الأول، أنطون بارود وميشال صالح، بيروت، ١٩٦٨م.
- مجموعة القوانين والأنظمة العراقية، ديوان التدوين القانوني بوزارة العدل العراقية، بغداد.
- القانون الجنائي المغربي، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة، العدد ٥٧-٥٨، الرباط، مارس – إبريل ١٩٦٨م.
- قانون المسطرة المغربي "الإجراءات"، وزارة العدل المغربية، الرباط، ١٩٥٩م.
- المجلة الجنائية التونسية (قانون العقوبات)، دائرة التشريع التونسي، محمد الطاهر السنوسي، تونس، ١٩٦٥م.
- مجموعة القوانين والأنظمة الأردنية، نقابة المحامين، صبح قطب، عمان.
- مجموعة الأنظمة السعودية، الصادرة تطبيقًا لنظام التعزير الإسلامي، بموجب مراسيم ملكية.
- مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية، محمود عمر، القاهرة، ١٩٣٤-١٩٥٠م.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المـصرية: الـدائرة الجنائية والهيئة العامة للمواد الجنائية، يناير ١٩٥٦، يناير ١٩٦٦م، أحمـد سمير أبو شادي.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Ancel, Marc: La défense sociale nouvelle. Paris, 1966.
- De Asua, Jimenez: L'antijiuridicité. Rev. int. d. p., 1951.
- Dologu, Tullio: Les causes de justification. Cours de doctorat. Le Cairo, 1951-1952.
- Gramatica, Filippo: Principes de défense social Paris, 1964.
- Kelare, H.: La "Criminal justice act" de 1961. Rev. Sc. Crim. 1961.
- Lembert: Nouveau pénal suedios. Rev. Sc. Crim., 1963.
- Merle, Roger et Vitu, André: Traité de droit Criminel. Paris, 1976.
- Remington, Frank J.: Les Méthods téchuniques employes dans l'elaboration de le sentence pénal. Rev., int. d. p. 1961.
- Salielles, Raymond:L'individualisation de la peine, Paris, 1972. Les Codes pénaux européens. Présentés. Par M. Ancel, avec la collaboration de Yvonne Marx. Quatre tomes, publié par le centre Français de droit compare. Paris, 1958 et 1971.

Periodiques criminelle français:

- Rev. Sc. Crim. (Rev. de science criminelle et de droit penal comparé. Publée sous la direction de centre français de droit compré, Paris.
- Rev, int d. p. Revue international de de droit penal, Paris.